

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

Astrid Epiney / Robert Mosters

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2013/2014, Zürich/Bern 2014, S. 57-102. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten¹ Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2013 geben.² Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)³ geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die

¹ Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden.

² Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 und 2012/2013 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU*, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2012/2013, 2013, 49 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2014 veröffentlicht.

³ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäische Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1.12.2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20, 21 AEUV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49, 56 AEUV (D.) zu unterscheiden. Weiter soll – vor einer kurzen Schlussbemerkung (F.) auf die Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen selbst eingegangen werden (E.).

B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)

I. Reichweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV)

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-45/12, *HadjAhmed*)

In der Rs. C-45/12⁴ ging es um eine nationale Regelung, die Familienleistungen an Drittstaatsangehörige – die über kein Aufenthaltsrecht nach der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38⁵ verfügen – von einem mindestens fünfjährigen Wohnsitz abhängig macht, während eine solche Mindestwohnsitzdauer von den eigenen Staatsangehörigen nicht verlangt wird. Der EuGH verneinte u.a. einen Verstoß gegen Art. 18 AEUV (i.V.m. Art. 13 II, 14 RL 2004/38).⁶ Zwar könne sich ein Unionsbürger, sobald er über ein Aufenthaltsrecht (auch nach nationalem Recht) in einem Mitgliedstaat verfüge, auf Art. 18 AEUV berufen. Diese Grundsätze könnten jedoch nicht „ohne Weiteres“ auf die Situation eines Drittstaatsangehörigen mit einem Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat übertragen werden.

Interessant an diesem Urteil ist weniger das Ergebnis als die Begründung bzw. das, was in dem Urteil nicht gesagt wurde und angesichts des Ausgangssachverhalts auch nicht gesagt werden musste: Der Gerichtshof geht offenbar nicht davon aus, dass sich Drittstaatsangehörige unter keinen Umständen auf Art. 18 AEUV berufen können, denn sonst hätte sich die Verneinung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung schon aus diesem Grund angeboten. Hierfür spricht auch, dass betont wird, die für Unionsbürger geltenden Grundsätze könnten nicht „ohne Weiteres“ auf

⁴ EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-45/12, *HadjAhmed*.

⁵ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

⁶ Daneben nahm der Gerichtshof noch zur Tragweite sekundärrechtlicher Vorgaben im Bereich des Sozialrechts Stellung, worauf hier nicht weiter eingegangen werden soll.

Drittstaatsangehörige übertragen werden, was impliziert, dass sie unter gewissen Umständen dann doch übertragen werden können. Offen bleibt dabei, unter welchen Voraussetzungen bzw. in welchen Konstellationen sich auch Drittstaatsangehörige auf Art. 18 AEUV berufen können sollen. Vieles könnte dafür sprechen, dass dies dann der Fall sein könnte, wenn den Drittstaatsangehörigen ein durch das Unionsrecht eingeräumtes Aufenthaltsrecht zusteht (wie z.B. Familienangehörigen von Unionsbürgern auf der Grundlage der RL 2004/38). Denn in einer solchen Konstellation wäre der Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV und damit der sachliche Anwendungsbereich dieser Bestimmung grundsätzlich eröffnet. Ein solcher Ansatz implizierte, dass der persönliche Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV letztlich in Abhängigkeit von seinem sachlichen Anwendungsbereich (der seinerseits an den Anwendungsbereich der Verträge anknüpft) zu bestimmen wäre, ein Ansatz, der sich durchaus in die bisherige Rechtsprechung zu Art. 18 AEUV einfügte.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Ein dem Art. 18 AEUV nachgebildetes allgemeines Diskriminierungsverbot findet sich in Art. 2 FZA, welcher gemäss Art. 16 FZA unter „Berücksichtigung“ der bis zur Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 ergangenen einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist.⁷ Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 18 AEUV ist es auch nach der bereits vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen ständigen Rechtsprechung des EuGH ausreichend, wenn die Diskriminierung eine Person in einer durch sekundäres Unionsrecht eingeräumten Position betrifft. Dies ist etwa auch bei Drittstaatsangehörigen der Fall, denen das Sekundärrecht als Familienangehörige eines Unionsbürgers, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, gewisse Rechte, insbesondere Aufenthaltsrechte, einräumt.⁸ Somit lässt sich die Argumentation des Gerichtshofs durchaus auf parallele Fallgestaltungen im Rahmen des FZA übertragen, so dass – wie es das Urteil des EuGH in der Rs. C-45712 nahelegt – Vieles dafür spricht, dass sich auch Drittstaatsangehörige, die über ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage des FZA verfügen (so im Wesentlichen Familienangehörige aufenthaltsberechtigter Unionsbürger), grundsätzlich auf Art. 2 FZA berufen können. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Unionsbürgerrichtlinie, deren Gewährleistungen über diejenigen des FZA z.T. deutlich hinausgehen, bisher nicht in das Abkommen übernommen wurde und dies jedenfalls von Seiten der Schweiz auch nicht beabsichtigt ist.

⁷ Vgl. ausführlich zu den im Rahmen des Abkommens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen/Interprétation et application des « traités d'intégration »*, 2006, 57 (61 ff.).

⁸ Vgl. hierzu z.B. *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 18 AEUV, Rn. 32; *Rudolf Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 39.

II. Recht auf Aufenthalt und Freizügigkeit (Art. 20, 21 AEUV)

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Verb. Rs. C-356/11, C-357/11, *O. und S.*

In den verb. Rs. C-356/11 und C-357/11⁹ hatte sich der Gerichtshof erneut – insbesondere nach den Rs. *Ruiz-Zambrano* und *McCarthy*¹⁰ – mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen sich aus der Unionsbürgerschaft abgeleitete Rechte auf Aufenthalt für Drittstaatsangehörige ergeben. Diese Frage wird regelmässig dann praktisch relevant, wenn die Eltern von Kindern, die Unionsbürger sind, um ein Aufenthaltsrecht nachsuchen. In den hier angezeigten Rechtssachen ging es um einen Drittstaatsangehörigen, der mit einer anderen Drittstaatsangehörigen verheiratet war. Aus der Ehe war ein gemeinsames, ebenfalls drittstaatsangehöriges Kind hervorgegangen, und die Ehegattin – die sich rechtmässig im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufhielt – war Mutter eines aus einer ersten Beziehung stammenden Kindes, das Unionsbürger war.

Bei der Frage, ob in einer solchen Konstellation der Drittstaatsangehörige aus Art. 20 AEUV ein Aufenthaltsrecht ableiten kann, um mit der gesamten Familie zusammenzuleben, stellte der Gerichtshof – in Anknüpfung an seine Rechtsprechung – darauf ab, ob die Verweigerung eines solchen Aufenthaltsrechts es dem betroffenen Unionsbürger (also hier dem Kind aus der ersten Beziehung der Ehegattin) verwehrt, den Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen. Dieses Recht könne zwar unabhängig von einem grenzüberschreitenden Bezug auch gegenüber dem „eigenen“ Mitgliedstaat geltend gemacht werden, da es hier um den grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten gehe. Allerdings sei dieser Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, nur dann betroffen, wenn sich der Unionsbürger *de facto* gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, sondern das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen. Ob diese Voraussetzung vorliegt, sei durch das nationale Gericht zu prüfen. Allerdings weist der Gerichtshof hier auf eine Reihe von Aspekten hin, die bei dieser Prüfung zu beachten seien, und kommt auf dieser Grundlage zum Schluss, dass eine Beeinträchtigung des Kernbestands der sich aus dem Unionsbürgerstatus ergebenden Rechte zu verneinen sein könnte:

- Die Mutter des Unionsbürgers verfüge über eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung in dem betreffenden Mitgliedstaat, so dass für sie

⁹ EuGH, Urt. v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11, C-357/11, *O. und S.*

¹⁰ EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011, I-1177; EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375. Vgl. hierzu bereits Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, 2012, 51, 58 ff.

keine rechtliche Verpflichtung bestehe, das Gebiet dieses Mitgliedstaats oder gar der Union zu verlassen.

- Weiter sei das Sorgerecht über das Kind von Bedeutung, das einzig der Mutter, nicht jedoch dem drittstaatsangehörigen Ehegatten der Mutter zusteht. Eine Entscheidung der Mutter, das Unionsgebiet zu verlassen, führe dazu, dass die Beziehung des Kindes zu seinem leiblichen Vater erschwert bzw. verunmöglicht würde. Andererseits würde die Entscheidung, in diesem Mitgliedstaat zu bleiben, dazu führen, die Beziehung zwischen dem leiblichen Kind des Drittstaatsangehörigen und diesem zu beeinträchtigen.
- Allein der Umstand, dass es aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Unionsgebiet wünschenswert sein kann, dass sich alle Familienangehörigen zusammen in einem bestimmten Mitgliedstaat aufhalten dürfen, rechtfertige nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen. Vielmehr seien alle Umstände des Einzelfalls massgeblich.
- Nicht entscheidend für die Beurteilung sei jedenfalls, ob der Zusammenführende und die anderen Familienangehörigen in einem Haushalt leben. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Familienangehörige, für die die Zusammenführung beantragt wird, unabhängig vom Rest der Familie in den betreffenden Mitgliedstaat einreisen. Nicht ganz klar wird hier, ob anschliessend ein gemeinsamer Haushalt notwendig ist, wogegen u.E. gewichtige Gründe sprechen, da eine Familiengemeinschaft angesichts der Vielfalt der „Familienkonzepte“ sowie beruflicher Notwendigkeiten durchaus auch dann bestehen kann, wenn man nicht in einem gemeinsamen Haushalt lebt.
- Weiter könne nicht allgemein gefordert werden, dass zwischen dem aufenthaltsberechtigten Unionsbürger, der ein minderjähriges Kind ist, und dem Drittstaatsangehörigen, für den ein Aufenthaltstitel beantragt wird, eine biologische Beziehung besteht. Dieser Aspekt des Urteils ist insofern bedeutsam, als damit klargestellt wird, dass das Kriterium der Beeinträchtigung des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, in ganz verschiedenen Konstellationen erfüllt sein kann und es nur (aber immerhin) darauf ankommt, ob der Unionsbürger im Ergebnis gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen.
- Allerdings sei der Umstand zu berücksichtigen, dass die Drittstaatsangehörigen, für die das Aufenthaltsrecht beantragt wird, nicht die rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge für die Unionsbürger haben. Denn letztlich sei dieses Abhängigkeitsverhältnis dafür entscheidend, ob die praktische Wirksamkeit des Kernbestands der sich aus dem Unionsbürgerstatus ergebenden Rechte beeinträchtigt wird.

Wird ein Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV verneint, so sei noch zu prüfen, ob den Betroffenen aufgrund anderer Rechtsgrundlagen ein solches zukomme, so insbesondere aufgrund des Rechts auf Schutz des Familienlebens. Unklar bleibt dabei, ob es hier um die Unionsgrundrechte geht bzw. gehen kann, wofür spricht, dass der Gerichtshof nur zur Auslegung des Unionsrechts befugt ist. Allerdings bleibt offen, warum im Falle der Verneinung der Einschlägigkeit des Art. 20 AEUV der Anwendungsbereich des Unionsrechts (vgl. Art. 51 GRCh) betroffen sein soll.

Im Übrigen hält der Gerichtshof fest, die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) sei auf die Ausgangssachverhalte nicht anwendbar, da kein grenzüberschreitender Bezug vorliege (das betroffene Kind hatte sich nie in einen anderen Mitgliedstaat begeben). In Bezug auf die RL 2003/86 (Familienzusammenführungsrichtlinie) weist der Gerichtshof darauf hin, dass diese den Kreis der „Kernfamilie“ in ihrem Art. 4 Abs. 1 weit ziehe. Zwar finde sie nach Art. 3 Abs. 3 keine Anwendung auf die Familienangehörigen eines Unionsbürgers; in der vorliegenden Konstellation gehe es aber auch und gerade um die Zusammenführung durch die drittstaatsangehörige Ehefrau und das gemeinsame, ebenfalls drittstaatsangehörige Kind, so dass die RL 2003/86 anwendbar sei, woran auch der Umstand, dass es auch noch ein minderjähriges Kind mit Unionsbürgerstatus gebe, nichts ändere. Bei der Frage, ob die Voraussetzungen der RL 2003/86 für einen Anspruch auf Familienzusammenführung und damit auf Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen vorliegen, seien die Grundrechte zu berücksichtigen.

b) Verb. Rs. C-197/11, C-203/11, *Libert u.a.*

Den verb. Rs. C-197/11, C-203/11¹¹ lagen Rechtsstreitigkeiten in Belgien zugrunde, in denen es um die Nichtigerklärung gewisser Bestimmungen eines flämischen Dekrets ging, das gewisse Bevorzugungen von Einheimischen beim Erwerb von Wohn- oder Geschäftseigentum vorsah. Die Regelung bestimmte, dass in bestimmten Gemeinden Liegenschaften nur an solche Personen übertragen oder langfristig vermietet werden dürfen, die eine „ausreichende Bindung“ zu diesen Gemeinden aufweisen, was durch eine Kommission festgestellt wird. Der Gerichtshof schloss auf die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 21 AEUV (sowie mit Art. 45, 49, 56, 63 AEUV). Sie führe zu einer Beschränkung der Freizügigkeit (Art. 21, 45, 49), da sie es Personen ohne „ausreichende Bindung“ verunmögliche, in den betreffenden Gemeinden Grundstücke zu erwerben oder längerfristig zu mieten. Auch könne sie die bereits in diesen Gemeinden niedergelassenen Personen davon abhalten, von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen, da sie im Falle einer Rückkehr möglicherweise nicht mehr die „ausreichende Bindung“ aufwiesen. Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV sei betroffen, da die Tätigkeit der Immobilienunternehmen beschränkt werde, und auch der freie Kapitalverkehr gemäss Art. 63 AEUV sei einschlägig, weil die Regelung Investitionen in einem anderen Mitgliedstaat erschwere oder gar verunmögliche. Eine Rechtfertigung komme zwar grundsätzlich in Betracht, da die fragliche Massnahme darauf abziele, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung zu gewährleisten. Die Massnahme sei jedoch nicht verhältnismässig. Denn eine ausreichende Bindung dürfe nur in drei alternativ zu verstehenden Konstellationen angenommen werden (mindestens sechsjähriger Wohnsitz, berufliche Tätigkeit während mindestens einer halben Woche zum Zeitpunkt der Übertragung oder eine Bindung zu der Gemeinde aufgrund eines wichtigen und dauerhaften Umstands). Diese Bedingungen stünden aber in keinem Zusammenhang mit den angeführten sozioökonomischen

¹¹ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11, C-203/11, *Libert u.a.*

Zielsetzungen, da sie auch von Personen erfüllt werden könnten, die keinen besonderen Bedarf an sozialem Schutz auf dem Immobilienmarkt haben, so dass die Massnahme schon aus diesem Grund nicht erforderlich sei. Hinzu komme, dass es andere, weniger einschränkende Massnahmen gebe, wie z.B. Kaufprämien oder sonstige Arten von Beihilfen an die am wenigsten begüterten Personen. Schliesslich sei die dritte Konstellation zu vage formuliert, da eine Einschränkung einer Grundfreiheit auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden. Eine zweite Massnahme, nämlich soziale Auflagen für Parzellierer und Bauherren (wie die Errichtung von Sozialwohnungen oder die Zahlung eines Sozialbeitrags), die eine Einschränkung des Art. 63 AEUV darstellten, könne jedoch grundsätzlich durch das Anliegen, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache oder sonstwie benachteiligte Personen sicherzustellen, gerechtfertigt werden.¹²

Man wird aus dem Urteil allgemein schliessen können, dass „Einheimischenmodelle“ grundsätzlich nicht mit den Grundfreiheiten in Einklang stehen. Denn Bevorzugungen von Einheimischen als solche stehen beim Erwerb von Wohn- oder Geschäftseigentum grundsätzlich nicht im Zusammenhang mit den verfolgten Zielen (neben solchen aus dem sozialen Bereich kommen etwa auch raumplanerische Ziele wie die Vermeidung der Zersiedelung in Frage). Der Gerichtshof verfolgt hier m.a.W. einen Ansatz, der die zuständigen Behörden verpflichtet, gezielt auf das entsprechende Problem einzuwirken, so dass pauschale Bevorzugungen von Einheimischen (die häufig mit dem Ziel einer Verringerung der Nachfrage erfolgen und damit durchaus eine Senkung von Preisen bewirken können) grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können. Offen bleibt allerdings, ob die Bevorzugung nur einheimischer Bedürftiger mit dem Unionsrecht in Einklang stünde, wofür einiges sprechen könnte. Damit werden dem Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten durchaus recht enge Grenzen gesetzt, wobei aber zu betonen ist, dass der EuGH auch intensive Eingriffe in die Grundfreiheiten als durch soziale Belange rechtfertigungsfähig erachtet.

Der Ansatz des Gerichtshofs erscheint durchaus zwingend. Denn es liegt immer dann eine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung vor, wenn bestimmte Probleme allein durch die Benachteiligung von „Zuziehenden“ gelöst werden sollen; Besitzstände irgendwelcher Art stehen mit anderen Worten von vornherein im Widerspruch mit den Grundfreiheiten. Betont sei aber auch, dass damit den Mitgliedstaaten nicht etwa die Hände gebunden wären, um z.B. soziale oder raumplanerische Ziele zu verfolgen. Aufgegeben wird ihnen nur (aber immerhin), hier gezielte Massnahmen vorzusehen, wobei diese (wie die vom Gerichtshof angeführten Beispiele zeigen) aber durchaus etwas kosten werden, was jedoch im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten insofern nicht relevant sein kann, als das Anliegen der Vermeidung von Kosten für die öffentliche Hand einen wirtschaftlichen Grund darstellt.

¹² Weiter äusserte sich der Gerichtshof noch zu Fragen des Beihilferechts und des Rechts der öffentlichen Aufträge.

c) Aufenthaltsrechte für Drittstaatsangehörige

In der Rs. C-87/12¹³ bestätigte der *Gerichtshof* seine Rechtsprechung in Bezug auf sich aus dem Unionsrecht ergebende Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen.¹⁴ Im Ausgangsfall ging es um einen inzwischen volljährigen Unionsbürger, der um Familienzusammenführung mit seinen drittstaatsangehörigen Eltern und Brüdern ersuchte. Der EuGH stellte zunächst fest, dass sich ein Unionsbürger für die Familienzusammenführung nicht auf die RL 2003/86 berufen könne, da diese nur die Zusammenführung durch Drittstaatsangehörige betreffe. Auch die RL 2004/38 sei nicht anwendbar, wenn der Unionsbürger nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, wie es hier der Fall war. Die Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) gewähre Drittstaatsangehörigen keine eigenen Rechte, so dass sie im Zusammenhang mit der Familienzusammenführung nur unter der Voraussetzung zum Zuge kommen könne, dass dem Unionsbürger der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm dieser Status verleiht, verwehrt würde. Dies wäre der Fall, wenn er infolge einer Verweigerung des Familiennachzugs *de facto* gezwungen wäre, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen. Diese Voraussetzungen lagen im Ausgangsfall nicht vor. Im Übrigen gehe es auch nicht um die Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 GRCh, so dass die nationale Massnahme nicht am Massstab der EU-Grundrechtecharta zu prüfen war. Denn die Situation der Kläger des Ausgangsverfahrens falle nicht unter das Unionsrecht. Zwar solle das anwendbare nationale Freizügigkeitsrecht das Unionsrecht umsetzen, doch sei hier weder Sekundärrecht anwendbar noch Art. 20 AEUV relevant. Dies ändere freilich nichts daran, dass sich aus der EMRK Aufenthaltsrechte ergeben könnten, was aber keine Frage des Unionsrechts sei. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, fehlte doch in der Tat für eine Heranziehung der Unionsgrundrechte die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts. In der bisherigen Rechtsprechung hatte der Gerichtshof in parallelen Konstellationen (so in der Rs. *McCarthy*) teilweise explizit auf die Grundrechtecharta verwiesen, ohne dass klar wurde, warum diese anwendbar sein sollte.¹⁵

Auch in der Rs. C-86/12¹⁶ ging es um die Frage eines Aufenthaltsrechts einer Drittstaatsangehörigen als Familienangehörige von Unionsbürgern auf der Grundlage der Art. 20, 21 AEUV. Der Fall betraf die drittstaatsangehörige Mutter von Zwillingen im Kleinkindalter, die französische Staatsangehörige sind. Die Mutter beantragte in verschiedenen Verfahren ein Aufenthaltsrecht in Luxemburg, wo die Zwillinge geboren und aufgrund ihrer Frühgeburt (medizinisch) betreut worden waren. In Anknüpfung an seine Rechtsprechung¹⁷ hält der Gerichtshof zunächst fest, dass den Kindern ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage der RL 2004/38 zukomme, sofern sie die hierfür notwendigen Voraussetzungen (insbesondere ausreichende finanzielle Mittel) erfüllen. Da sie dieses Recht aber nicht alleine ausüben könnten,

¹³ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12, *Ymeraga*.

¹⁴ S. zu dieser Rechtsprechung (Urteile *Ruiz Zambrano*, *McCarthy* und *Dereci*) *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 10), 51, 58 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 10), 51, 59 f.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 10.10.2013, Rs. C-86/12, *Alopka*.

¹⁷ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9025, *Zhu und Chen*.

stehe der für sie sorgenden Mutter ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu. Seien die Voraussetzungen der RL 2004/38 jedoch nicht erfüllt, so verbiete es Art. 21 AEUV nicht, der Mutter ein Aufenthaltsrecht zu verwehren. Auch aus Art. 20 AEUV könne kein solches Recht abgeleitet werden, denn ihr stehe das Recht zu, ihre Kinder nach Frankreich zu begleiten und sich mit ihnen dort aufzuhalten, so dass die Verweigerung der Aufenthaltsberechtigung nicht dazu führe, dass der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die die Unionsbürgerschaft verleiht, dadurch verwehrt würde, dass die Kinder sich gezwungen sähen, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen.

d) Aufenthaltsrecht und Ausbildungsförderung

Die Vereinbarkeit von Einschränkungen des Rechts auf Zugang zur Ausbildungsförderung für Studierende mit Art. 20 und 21 AEUV war Gegenstand mehrerer Urteile des Gerichtshofs im Berichtszeitraum:

- Aus den verb. Rs. C-523/11, C-585/11¹⁸ ergibt sich im Ergebnis, dass die Voraussetzung eines ständigen Wohnsitzes im Inland während drei Jahren vor Beginn eines Studiums für die Gewährung einer Ausbildungsförderung für ein Studium in einem anderen Mitgliedstaat für mehr als ein Jahr nicht mit Art. 20, 21 AEUV vereinbar ist. Denn eine solche Regelung stelle eine Beschränkung des durch diese Bestimmungen gewährleisteten Freizügigkeitsrechts dar, da sie Unionsbürger allein deshalb schlechter stelle, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben (wie in den Konstellationen der Ausgangsverfahren, in denen die Eltern der Beschwerdeführer im Ausland gearbeitet hatten). Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass das in Frage stehende Erfordernis unterschiedslos für In- und Ausländer gilt. Zwar könne eine solche Beschränkung grundsätzlich aus zwingenden Erwägungen des Allgemeinwohls und unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden, wobei hier das Anliegen eines ausreichenden Grades an Integration in Betracht komme. Dieses Erfordernis vermeide auch eine übermäßige wirtschaftliche Belastung des betreffenden Staates. Jedoch dürfe der von einem Mitgliedstaat verlangte Nachweis für eine solche Integration keinen „zu einseitigen Charakter“ aufweisen, indem er einem Gesichtspunkt, der nicht zwingend für den effektiven Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem Mitgliedstaat repräsentativ ist, eine unangemessen hohe Bedeutung beimisst und jeden anderen Gesichtspunkt ausschliesst. Gerade dies sei aber vorliegend der Fall, da ein alleiniges ununterbrochenes Wohnsitzerfordernis während drei Jahren direkt vor Beginn des Studiums dazu führe, dass aus anderen Gründen eine ausreichende Verbundenheit mit der Gesellschaft aufweisende Personen von der Leistung ausgeschlossen seien.
- In der Rs. C-220/12¹⁹ ging es um eine (deutsche) Regelung, wonach von dem grundsätzlichen Wohnsitzerfordernis als Voraussetzung für die Gewährung einer Ausbildungsförderung bei eigenen Staatsangehörigen eine Ausnahme

¹⁸ EuGH, Urt. v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 24.10.2013, Rs. C-220/12, *Thiele Meneses*.

zum Zuge kommt und diese ein Recht auf Förderung einer Ausbildung im Ausland, im Wohnsitzstaat oder in einem Nachbarstaat desselben haben, allerdings nur bei Vorliegen besonderer Umstände. Ansonsten werden sie auf ein Studium in Deutschland (mit Begründung eines Wohnsitzes in Deutschland) verwiesen. Ausgehend von weitgehend parallelen Erwägungen wie in den verb. Rs. C-523/11, C-585/11 erachtete der Gerichtshof diese Regelung als nicht mit Art. 20, 21 AEUV vereinbar. Denn die „besonderen Umstände“ (wie etwa Krankheit des Antragstellers oder der Eltern) hätten nichts mit dem Grad der Integration in Deutschland zu tun. Auch sei das Erfordernis des Wohnsitzes in Deutschland als solches gleichzeitig zu eng und zu zufällig (für die Frage nach dem Grad der Integration), so dass die Regelung im Hinblick auf das Ziel der Integration nicht als verhältnismässig angesehen werden könne. Im Übrigen könnten allein Haushaltserwägungen eine Beschränkung der Freizügigkeit nicht rechtfertigen, da es sich bei diesen um wirtschaftliche Gründe handle.

- Schliesslich hält der Gerichtshof in der Rs. C-275/12²⁰ fest, die Verweigerung einer Förderung zur Absolvierung einer Ausbildung im Ausland, während eine entsprechende Ausbildung im Inland gefördert würde, stehe nicht mit Art. 20, 18 AEUV in Einklang. Angesichts des Umstands, dass hier die Benachteiligung allein aus der Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts resultiert, erscheint der Schluss zwingend.

Der *Gerichtshof* geht damit davon aus, dass der Zugang zu staatlichen Leistungen Personen mit einem gewissen Grad an Integration vorbehalten werden darf, und zwar auch soweit damit eine Beschränkung der Freizügigkeit einhergeht. Präzisierend wird man hier aber hinzufügen müssen, dass das relevante zwingende Erfordernis des Allgemeinwohls wohl nicht die Integration als solche ist, sondern das Anliegen der Vermeidung einer übermässigen Belastung des Stipendienwesens und damit letztlich das finanzielle Gleichgewicht derartiger Fördersysteme, so dass das Erfordernis einer gewissen Integration letztlich den sachlichen Grund diesbezüglicher Zugangsbeschränkungen darstellt. Beim erforderlichen Nachweis für diese Integration sieht der *Gerichtshof* offenbar das alleinige Abstellen auf typisierende Kriterien (wie etwa eine gewisse Wohnsitzdauer) als nicht verhältnismässig an, mit der Folge der Unzulässigkeit der betreffenden Massnahme. Wenn damit auch Typisierungen nicht von vornherein unzulässig sein dürften, kann hieraus doch gefolgert werden, dass diese jedenfalls durch eine Art Öffnungsklausel – die es ermöglicht, die Verbundenheit auf andere Art und Weise nachzuweisen – zu ergänzen sind. Der *Gerichtshof* knüpft hier weitgehend an seine bisherige Rechtsprechung an. Bemerkenswert ist aber, dass er in einem anderen Urteil das alleinige Abstellen auf eine zudem fünfjährige vorherige Aufenthaltsdauer in dem betreffenden Mitgliedstaat als unabdinglichen Nachweis für eine hinreichende Verbundenheit als zulässig ansah.²¹ Die vorliegende Rechtsprechung dürfte diesen

²⁰ EuGH, Urt. v. 24.10.2013, Rs. C-275/12, *Elrick*.

²¹ EuGH, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507, *Förster*.

Ansatz – auch wenn der Gerichtshof dies nicht ausdrücklich formuliert – überholt haben.²²

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In den verb. Rs. C-356/11, C-357/11, *O. und S.*, geht es um eine Konstellation, in der es darauf ankommt, ob die praktische Wirksamkeit des Kernbestands der sich aus dem Unionsbürgerstatus ergebenden Rechte beeinträchtigt wird. Da das Freizügigkeitsabkommen keinen der Unionsbürgerschaft entsprechenden umfassenden Status der Staatsangehörigen der Vertragsparteien vorsieht, sind die unmittelbar auf die Unionsbürgerschaft und ihren Kerngehalt bezogenen Ausführungen des EuGH nicht auf das Abkommen übertragbar.²³ Allerdings kommt ein Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Eltern eines Unionsbürgers im Kleinkindalter dann in Betracht, wenn dieser von seinem Recht auf Freizügigkeit nach dem Abkommen Gebrauch gemacht hat.²⁴ Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn das Kleinkind die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei, nicht aber des Aufenthaltsstaats hat oder zuvor in einem anderen Vertragsstaat seinen rechtmässigen Wohnsitz hatte und über ausreichende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung verfügt, so dass es sich auf das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger gemäss Art. 24 Anhang I FZA berufen kann.²⁵

Die vom EuGH in den verb. Rs. C-197/11, C-203/11, *Libert u.a.*, aufgestellten Anforderungen an die Zulässigkeit von „Einheimischenmodellen“ lassen sich demgegenüber im Ergebnis auf das FZA übertragen. Den hier beeinträchtigten Rechten aus Art. 45, 49 und 21 AEUV entsprechen im Abkommen die Aufenthaltsrechte der Arbeitnehmer, Niederlassungsberechtigten und Nichterwerbstätigen gemäss Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 24 Abs. 1 Anhang I FZA. Hinzu kommen Art. 7 lit. f) FZA und Art. 25 Anhang I FZA, wonach diskriminierende Regelungen für den Erwerb von Immobilien unter bestimmten Voraussetzungen untersagt sind. Hingegen wird der freie Kapitalverkehr vom FZA

²² Im Übrigen ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof parallele Erwägungen in Bezug auf sekundärrechtlich gewährleistete Ansprüche auf Gleichbehandlung anstellt, vgl. in Bezug auf Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 (heute ersetzt durch die VO 492/2011), wonach Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer geniessen, EuGH, Urte. v. 20.6.2013, Rs. C-20/12, *Giersch*, mit Bezug auf eine mittelbar diskriminierende (Wohnsitzerfordernis) Regelung des Zugangs zur Ausbildungsförderung. Zu diesem Urteil unten B.III.1.d).

²³ Vgl. mit ausführlicherer Begründung bereits *Robert Mosters*, Anmerkung, ASYL 3/2011, 31 (33); zustimmend *Véronique Boillet*, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice : les implications des arrêts Zambrano et McCarthy, AJP 2012, 49 (55).

²⁴ Vgl. hierzu auch *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (42 ff.) zum Urteil in der Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

²⁵ In diese Richtung auch BGE 139 II 393, E 4.2.5. Vgl. ausserdem BVGer, Urteil vom 18.4.2011, C-8145/2010. Das Gericht knüpft an das Urteil des EuGH in der Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004 I-9925 an und erörtert u.a. im Einzelnen die Frage nach den für das Aufenthaltsrecht erforderlichen ausreichenden finanziellen Ressourcen.

(und den Bilateralen Verträgen insgesamt) nicht umfasst, so dass die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichtshofs auf das Verhältnis zur Schweiz nicht übertragbar sind, sofern sich ausländische Marktteilnehmer nicht direkt auf die unionsrechtliche Gewährleistung des Art. 63 AEUV berufen können. Die Dienstleistungsfreiheit schliesslich wird im Abkommen nur teilweise gewährt. Eine Übertragung des Urteils auf das FZA kommt insoweit daher nur in Betracht, sofern das Abkommen Beschränkungen der mit der Dienstleistungsfreiheit verbundenen Rechte verbietet. Geht man mit dem Bundesgericht²⁶ und dem EuGH²⁷ davon aus, dass das FZA lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, lässt sich das Urteil des EuGH hinsichtlich der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nicht auf das Abkommen übertragen, da dem Abkommen keine dem Unionsrecht entsprechenden Rechte zu entnehmen sind. Die Ausführungen des EuGH zu den als Rechtfertigung in Betracht kommenden, insbesondere sozialen Zielsetzungen sowie zur Verhältnismässigkeit entsprechen den in der ständigen Rechtsprechung etablierten Grundsätzen, die lediglich auf einen neuen Sachverhalt angewendet werden. Sie lassen sich daher ohne weiteres auf die Auslegung des FZA übertragen. Somit dürfte beim Erlass von Vorzugsregelungen für Einheimische beim Grundstückserwerb auch in der Schweiz darauf zu achten sein, dass die Vorgaben des FZA beachtet werden, deren Tragweite sich ihrerseits auch unter Berücksichtigung des angezeigten Urteils des Gerichtshofs zu bestimmen ist.

Sofern der Gerichtshof in der Rs. C-87/12, *Ymeraga*, auf den Kerngehalt der Unionsbürgerschaft gemäss Art. 20 AEUV abstellt, fehlt es wiederum an einer parallelen Rechtsvorschrift im FZA, so dass eine Übertragung dieser Erwägungen auf das Abkommen bereits aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt.

Bei Ansprüchen, die wie in der Rs. C-86/12, *Alopka*, an das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV anknüpfen, kommt hingegen grundsätzlich ein entsprechender Anspruch gestützt auf das Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen gemäss Art. 24 Anhang I FZA in Betracht. Diese Vorschrift enthält wie die RL 2004/38 die Bedingung, dass der Anspruchsteller insbesondere über ausreichende finanzielle Mittel verfügen muss. Sofern ein Anspruch im EU-Recht letztlich verneint wird, da es an den sekundärrechtlich geforderten finanziellen Mitteln des Freizügigkeitswilligen fehlt, gilt dies in der entsprechenden Konstellation auch im Rahmen des FZA, so dass auch nach dem Abkommen in einer solchen Konstellation kein Aufenthaltsrecht besteht.

Soweit die Urteile das Recht auf Ausbildungsförderung für Studierende betreffen, stellt der EuGH in erster Linie auf das Aufenthaltsrecht der nichterwerbstätigen Studierenden gemäss Art. 21 AEUV ab, so dass eine parallele Anwendung des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA in Betracht kommt. Auch wenn der Gerichtshof im

²⁶ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

²⁷ EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010 I-7233. Siehe hierzu und zur Dienstleistungsfreiheit im FZA allgemein ausführlich Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, 2011, 75 (120 ff.).

Einzelfall nur das Vorliegen einer Beschränkung des Aufenthaltsrechts feststellt, ohne eine Diskriminierung zu prüfen, dürfte in vielen Fällen doch auch zugleich eine (indirekt) diskriminierende Regelung vorliegen. Dies ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn jemand wegen der Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte gegenüber Personen benachteiligt wird, die nicht von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Daher kommt im Rahmen des Abkommens jeweils ein Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 2 FZA i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA in Betracht. Denn entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV ist für die Anwendung von Art. 2 FZA darauf abzustellen, ob der Anspruchssteller sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er von einem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht, das ihm auf Grund des Abkommens zusteht.²⁸ Sofern die Diskriminierung die Gewährung von Unterhaltsstipendien für Studierende betrifft, sind jedoch auch die besonderen Ausnahmeregelungen des Abkommens zu beachten, die einer Übertragung der EuGH-Rechtsprechung auf das FZA für den jeweils ausgeschlossenen Bereich entgegenstehen und sich so im EU-Recht nicht finden. Eine solche Einschränkung enthält Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift dürften unter Unterhaltsbeihilfen soziale Leistungen zu verstehen sein, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollen.²⁹ Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob diese etwa in der Form eines Stipendiums oder eines vergünstigten Darlehens gewährt werden. Bei solchen Leistungen besteht also anders als im Unionsrecht kein Anspruch auf Gleichbehandlung nach dem Abkommen. Die Ausnahmegesetzgebung gilt jedoch nicht im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers, denn Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA verweist ausdrücklich auf „die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“. Sofern eine Massnahme in den Anwendungsbereich des Abkommens bzw. des Art. 2 FZA fällt und keine derartige Ausnahmegesetzgebung anwendbar ist, lassen sich die Erwägungen des EuGH jedoch grundsätzlich auf das Abkommen übertragen. Der Gerichtshof wendet die Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung, die er bereits vor der Unterzeichnung des FZA entwickelt hatte, jeweils auf neue Fallgestaltungen an. So kann insbesondere der Anspruch auf Gleichbehandlung bei bestimmten Leistungsansprüchen parallel zum Unionsrecht davon abhängig gemacht werden,

²⁸ Ausführlicher hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Theuerkauf/Rivière* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2003, 2004, 85 (89 f.).

²⁹ Zu Fragen des Hochschulzugangs und von Studienbeihilfen sowie der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH siehe *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2005/2006, 2006, 73, 74 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: *Epiney/Civitella* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2007/2008, 2008, 55, 58 ff.

dass ein hinreichender Bezug zu dem jeweiligen Staat besteht. Die Analyse der Urteile zeigt insgesamt, dass auch die Entscheidungen, in denen der EuGH seine Begründung auf das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV und/oder das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV stützt, für die Auslegung des FZA relevant sein können, dass es aber andererseits einer präzisen Untersuchung der Argumentation des EuGH, der jeweiligen Sachverhalte und der Bestimmungen des Abkommens bedarf, um die genaue Relevanz dieser Urteile für das FZA feststellen zu können.

III. Exkurs: zur RL 2004/38 und zur VO 1612/68

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Die sog. Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)³⁰ präzisiert verschiedene Aspekte des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen in den Mitgliedstaaten und konkretisiert damit auch die sich bereits aus dem Primärrecht ergebenden Rechte. Die Richtlinie ist immer wieder Gegenstand von Urteilen des Gerichtshofs, die mitunter auch Grundsatzfragen zum Gegenstand haben.

Weitere sekundärrechtlich gewährleistete Rechte der Wanderarbeitnehmer sind der VO 1612/68³¹ zu entnehmen. Diese Verordnung wurde durch die RL 2004/38 bedeutend modifiziert und mittlerweile durch die VO 492/2011³² kodifiziert und ersetzt. Die Urteile des Gerichtshofs zur VO 1612/68 sind aber jeweils insoweit auch für die VO 492/2011 von Bedeutung, als diese die bereits in der VO 1612/68 gewährleisteten Recht aufgreift.

a) Rs. C-300/11, ZZ

In der Rs. C-300/11³³ bestätigte die Grosse Kammer des Gerichtshofs zunächst den Grundsatz, dass das Sekundärrecht im Lichte der Grundrechtecharta auszulegen sei, und wandte diese Prinzipien auf Art. 30 Abs. 2 und 31 RL 2004/38 an. Nach diesen Bestimmungen sind dem von einem Einreiseverbot Betroffenen die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die einer solchen Entscheidung zugrunde liegen, mitzuteilen. Davon darf jedoch aus Gründen der Sicherheit des Staates abgewichen werden. Letztere Möglichkeit sei als Ausnahme von der Regel eng auszulegen. Diese Begründungspflicht ist im Zusammenhang mit dem in der Richtlinie auch gewährleisteten Rechtsweg zu sehen, wobei aber auch Art. 47 GRCh das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht gewährleistet. Für die Wirksamkeit der durch Art. 47 GRCh garantierten

³⁰ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

³¹ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

³² VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

³³ EuGH, Urt. v. 4.6.2013, Rs. C-300/11, ZZ.

gerichtlichen Kontrolle sei erforderlich, dass der Betroffene von den Gründen für eine gegen ihn ergangene Entscheidung Kenntnis erlangen kann, entweder direkt durch die Lektüre derselben oder ggf. auf Antrag hin. Wenn ausnahmsweise eine genaue und umfassende Mitteilung der Gründe für das Einreiseverbot aus Gründen der staatlichen Sicherheit nicht erfolgen kann, müsse das zuständige Gericht auf verfahrensrechtliche Techniken und Regeln zurückgreifen können, die es ermöglichen, diesen legitimen Interessen des Staates auf der einen und denjenigen des Betroffenen auf der anderen Seite Rechnung zu tragen. Daher müssten die Mitgliedstaaten eine wirksame gerichtliche Kontrolle des Vorliegens und der Stichhaltigkeit der von den Behörden vorgebrachten Gründe ermöglichen, so dass dieses von allen Gründen und den entsprechenden Beweisen Kenntnis erlangen muss. In diesem Rahmen müsse das Gericht auch überprüfen, ob diese Gründe einer vollumfänglichen Mitteilung an den Betroffenen entgegenstehen. Dies sei letztlich von der nationalen Behörde nachzuweisen, so dass es keine Vermutung zugunsten der Stichhaltigkeit solcher von einer nationalen Behörde vorgebrachten Gründe gebe. Jedenfalls müsse eine Mitteilung der wesentlichen Inhalte der Gründe, auf denen das Einreiseverbot beruht, erfolgen. Denn der Schutz der Sicherheit des Staates dürfe nicht zur Folge haben, dass dem Betroffenen das rechtliche Gehör verweigert wird und damit sein Recht auf einen Rechtsbehelf wirkungslos wird. Diese Pflicht gelte allerdings nicht in gleicher Weise für die Beweise, wobei auch hier die Nichtoffenlegung auf das unbedingt Erforderliche beschränkt bleiben müsse.

Nach der vom Gerichtshof gewählten Formulierung dürfte er damit den Wesensgehalt des Art. 47 GRCh insoweit präzisiert haben, als jedenfalls die „wesentlichen Inhalte“ der der nationalen Entscheidung zugrunde liegenden Gründe mitzuteilen sind, da hier offenbar keine Abwägung mehr erfolgen soll. Zum selben Ergebnis könnte man jedoch evtl. auch durch die Anwendung des Erforderlichkeitskriteriums gelangen, ohne dass auf den Kerngehalt des Grundrechts zurückgegriffen werden müsste. Nicht zu verkennen ist jedenfalls, dass die Formulierung des EuGH insofern durchaus offen ausfällt, als für die Frage nach dem wesentlichen Inhalt letztlich die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind. Immerhin darf keine vollumfängliche Verweigerung der Angabe von Gründen erfolgen, ein Schluss, der sich so nicht klar aus dem Wortlaut der relevanten sekundärrechtlichen Bestimmungen ergibt. Darüber hinaus ist die Klarstellung der Notwendigkeit der gerichtlichen Überprüfung der Verweigerung einer Begründung von grosser Bedeutung.

b) Rs. C-140/12, *Brey*

Im Zentrum der Rs. C-140/12³⁴ stand einerseits das Zusammenspiel der VO 883/2004³⁵ mit der RL 2004/38, andererseits die Auslegung der RL 2004/38 in Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Zugang zu einer

³⁴ EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C140/12, *Brey*.

³⁵ VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, 1; SR 0.831.109.268.1 (in Kraft getreten für die Schweiz am 1.4.2012. Es handelt sich hier um eine ausnahmsweise Publikation von Unionsrecht zu Informationszwecken, der keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt).

beitragsunabhängigen Sozialleistung an einen nicht erwerbstätigen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats „automatisch“ ausgeschlossen werden darf, weil er die Voraussetzungen für einen rechtmässigen Aufenthalt deshalb nicht erfüllt, weil dieses Aufenthaltsrecht von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängt.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass die fragliche beitragsunabhängige Sozialleistung zwar in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 falle, diese jedoch nicht die inhaltlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anspruchs auf derartige Leistungen festlege. Es gehe bei dieser Verordnung nämlich nicht um die Schaffung eines gemeinsamen Systems der sozialen Sicherheit, sondern lediglich um eine Koordinierung derselben. Im Übrigen dürfe die Gewährung von Sozialleistungen an wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger von dem Erfordernis abhängig gemacht werden, dass ihr Aufenthalt im Aufnahmestaat rechtmässig ist, wobei diese Voraussetzungen selbst im Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssten.

Damit war zu entscheiden, ob das Erfordernis, dass ausreichende Existenzmittel zur Verfügung stehen (so dass die in Frage stehende Sozialleistung nicht beantragt wird bzw. nicht beantragt werden muss) als Voraussetzung für einen rechtmässigen Aufenthalt mit dem Unionsrecht in Einklang steht. Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 sieht vor, dass das Aufenthaltsrecht (über drei Monate) für Nichterwerbstätige u.a. davon abhängt, dass sie über eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen, damit sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen. Damit solle verhindert werden, dass die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch genommen werden, so dass es hier um die Wahrung „berechtigter Interessen“ der Mitgliedstaaten (nämlich den Schutz ihrer öffentlichen Finanzen) gehe. Daher führe der Umstand, dass eine beitragsunabhängige Sozialleistung in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fällt, nicht dazu, dass sie keine Sozialhilfeleistung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 sei. Vielmehr sei dieser Begriff nicht anhand formaler Kriterien, sondern in Anknüpfung an das mit dieser Bestimmung verfolgte Ziel zu verstehen. Daher umfasse er sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass die öffentlichen Finanzen belastet werden und bei zu zahlreicher Inanspruchnahme die Gefahr von Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe besteht.

Nimmt ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat eine solche Leistung in Anspruch, könne dies einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass er nicht über ausreichende Existenzmittel im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 verfügt. Allerdings dürften die nationalen Behörden eine solche Schlussfolgerung nicht ziehen, ohne eine umfassende Beurteilung der Frage vorzunehmen, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung der fraglichen Leistung nach Massgabe der individuellen Umstände des Betroffenen konkret entstünde. Daher sei es nicht mit der RL 2004/38 vereinbar, wenn von einer Inanspruchnahme der betreffenden Sozialhilfeleistung zwingend bzw. „automatisch“ auf das Fehlen ausreichender Existenzmittel und damit auf das Fehlen eines rechtmässigen Aufenthalts (das

seinerseits die Gewährung der betreffenden Leistung ausschliesst) geschlossen werde, wie dies bei der in Frage stehenden (österreichischen) Regelung der Fall war. Der Gerichtshof begründet dies mit verschiedenen Erwägungen:

- Erstens schliesse es die RL 2004/38 nicht aus, dass Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten Sozialleistungen gewährt werden, sondern gehe vielmehr davon aus, dass ihnen in gewissen Konstellationen solche Leistungen zu gewähren sind.
- Auch dürften die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen (Art. 8 Abs. 4 S. 1 RL 2004/38), so dass sie kein Mindesteinkommen vorgeben dürfen, unterhalb dessen ohne eine konkrete Prüfung der Situation des Betroffenen davon ausgegangen werden dürfe, dass keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden sind. Im Übrigen ergebe sich aus Erwägung 16 RL 2004/38, dass jeweils auch zu prüfen sei, ob der Betreffende vorübergehende Schwierigkeiten hat, ganz abgesehen davon, dass vor einer Ausweisung die konkreten Umstände zu berücksichtigen seien.
- Drittens seien angesichts des Grundsatzes der Freizügigkeit die in Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 formulierten Schranken eng auszulegen, und der den Mitgliedstaaten durchaus eingeräumte Gestaltungsspielraum dürfe nicht so ausgelegt werden, dass das Ziel der RL 2004/38 (die Erleichterung der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch die Unionsbürger) und ihre praktische Wirksamkeit vereitelt wird.

Im Ergebnis dürfe damit die Inanspruchnahme einer Sozialhilfeleistung nur zum Anlass genommen werden zu prüfen, ob die Gewährleistung der Sozialleistung eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des Mitgliedstaats darstellt, wobei alle Faktoren des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Die RL 2004/38 erkenne nämlich eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Staatangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denjenigen der anderen Mitgliedstaaten an, insbesondere wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten nur vorübergehender Natur sind.

Das Urteil fügt sich zwar in die bisherige Rechtsprechung ein bzw. entwickelt sie fort, setzt aber gleichwohl bemerkenswerte neue Akzente. Der Gerichtshof bestätigt nicht nur den Ansatz, dass allein die (vorübergehende) Inanspruchnahme einer Sozialleistung nicht zum Entzug des Aufenthaltsrechts führen darf, sondern legt die Notwendigkeit ausreichender Existenzmittel, so dass keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen, des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 letztlich „kollektiv“ aus: Denn die Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistung müsse „unangemessen“ sein, was angesichts des Ziels der RL 2004/38 (nur) dann anzunehmen sei, wenn sie eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des Mitgliedstaats darstellt, die das gesamte System und damit das Niveau dieser Leistungen in Frage stellen könnte. M.a.W. ist eine Art „Systemrelevanz“ der Sozialhilfeleistung notwendig, so dass es offenbar nicht ausreichen soll, dass im Einzelfall nachgewiesen wird, dass der Betreffende nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, wobei jedenfalls eine umfassende Berücksichtigung des Einzelfalls vorzunehmen ist. Bei allem Verständnis für diesen „freizügigkeitsfreundlichen“ Ansatz des Gerichtshofs drängt sich gleichwohl die Frage auf, ob damit wirklich dem Regelungsgehalt der RL 2004/38 Rechnung getragen wird, lässt sich doch mit guten Gründen vertreten, dass eben die

Freizügigkeit für nicht wirtschaftlich Aktive nur unter der Voraussetzung ihrer „wirtschaftlichen Autonomie“ gewährt werden sollte und dies durchaus auch im Einzelfall. Zwar steht es damit durchaus in Einklang, jeweils die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu verlangen, so dass in der Tat Vieles dafür spricht, dass „Automatismen“ nicht zulässig sind. Warum jedoch eine Infragestellung des gesamten Systems der Sozialhilfeleistungen verlangt wird, erschliesst sich nicht wirklich, zumal eine solche kaum je durch die Gewährung einer Sozialhilfeleistung an eine einzelne Person gegeben sein wird. Immerhin wird man hier auch eine „systemische“ Infragestellung ausreichen lassen müssen, so dass etwa eine Vielzahl zu erwartender paralleler „Fälle“ berücksichtigt werden kann. Nur am Rande sei dabei aber auch darauf hingewiesen, dass ein solcher Ansatz gewisse Rechtsunsicherheiten mit sich bringt, wird es doch häufig nicht wirklich klar sein, ob genügend „Parallelfälle“ zu erwarten sind.

c) Rs. C-529/11, *Alarape und Tijani*

Nach Art. 12 VO 1612/68 haben Kinder von Wanderarbeitnehmern Zugang zum allgemeinen Unterricht und zur Lehrlings- und Berufsausbildung im Aufnahmestaat. Wie der Gerichtshof in der Rs. C-529/11³⁶ im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung feststellte, komme dieses Recht auch volljährigen Kindern zugute, die ein Hochschulstudium absolvieren. Im Übrigen könne Eltern, die die elterliche Sorge für ihre Kinder wahrnehmen, aus dieser Bestimmung ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommen, da ansonsten das Aufenthaltsrecht der Kinder vereitelt werden könnte. Ein solches abgeleitetes Aufenthaltsrecht könne auch im Falle der Volljährigkeit anzunehmen sein, wenn das Kind weiterhin der Anwesenheit und Fürsorge der Eltern für die Fortsetzung der Ausbildung bedarf. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob dies im Ausgangsfall tatsächlich der Fall sei. Allerdings „zähle“ ein solcher, aus Art. 12 VO 1612/68 abgeleiteter Aufenthalt eines Familienangehörigen nicht für die Berechnung der Mindestaufenthaltsdauer im Hinblick auf die Erlangung eines Daueraufenthaltsrechts gemäss Art. 16 RL 2004/38, da hierfür nur Aufenthaltszeiten, die die in der RL 2004/38 (oder den Vorgängerregelungen) vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen, berücksichtigt werden könnten.

d) Rs. C-20/12, *Giersch*

In der Rs. C-20/12³⁷ ging es um eine für Kinder von Wanderarbeitnehmern mittelbar diskriminierende Regelung für den Zugang zur Ausbildungsförderung. Der Gerichtshof wendet hier parallele Grundsätze wie im Rahmen der Art. 20, 21 AEUV an, insbesondere soweit die Rechtfertigung betroffen ist.³⁸ Konkret betraf der Fall eine luxemburgische Regelung, die die Gewährung einer Studienbeihilfe von der Erfüllung eines Wohnsitzerfordernisses abhängig machte, und zwar auch bei Kindern

³⁶ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11, *Alarape und Tijani*.

³⁷ EuGH, Urt. v. 20.6.2013, Rs. C-20/12, *Giersch*.

³⁸ Hierzu bereits oben B.II.1.d).

von Grenzgängern. Der Gerichtshof schloss hier auf eine mittelbare Diskriminierung, die gegen Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 verstosse. Nach dieser Vorschrift seien Wanderarbeitnehmern die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen zu gewähren wie Inländern. Zwar könne eine derartige Regelung grundsätzlich durch das Anliegen der Erhöhung der Anzahl von Hochschulabsolventen in Luxemburg gerechtfertigt werden. Die Massnahme sei jedoch nicht erforderlich, da das Wohnsitzerfordernis nicht zwingend der einzige Umstand sei, der den effektiven Grad der Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat belegen könne. Zur Vermeidung einer Art „Stipendientourismus“ komme es im Übrigen in Betracht, bei Grenzgängern eine Mindestbeschäftigungsdauer im Inland vorzusehen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen lehnt sich an eine Reihe von unionsrechtlichen Rechtsakten an, deren Bestimmungen entweder (mehr oder weniger wörtlich) wiederholt werden oder auf die im Abkommen verwiesen wird. Da die erst nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassene Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 nicht zu den derart in Bezug genommenen Rechtsakten gehört, lassen sich die diesbezüglichen Urteile nur auf das Abkommen übertragen, wenn sich eine entsprechende Bestimmung auch im FZA findet.³⁹ Denn die RL 2004/38 hat in gewissen Bestimmungen bereits vorher geltendes Recht übernommen (sowie in manchen Vorschriften zusätzlich die frühere Rechtsprechung des EuGH kodifiziert). Soweit sich Urteile des Gerichtshofs auf solche Bestimmungen der RL 2004/38 beziehen, können sie daher grundsätzlich auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sein.

Dies ist etwa der Fall in der Konstellation der Rs. C-300/11, ZZ. Die hier zur Anwendung gelangenden Art. 30 Abs. 2 und 31 RL 2004/38 entsprechen Art. 6 der RL 64/221, auf die das Abkommen in Art. 5 Anhang I FZA verweist. Daher sind auch im Rahmen des FZA dem von einem Einreiseverbot Betroffenen die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die der Entscheidung zugrunde liegen, mitzuteilen, soweit nicht Gründe der Sicherheit des Staates dieser Bekanntgabe entgegen stehen. Dazu hat der EuGH bereits vor der Unterzeichnung des FZA entschieden, dass sich aus der Zielsetzung der Richtlinie ergebe, dass die Mitteilung der Gründe hinreichend detailliert und genau sein müsse, um es dem Betroffenen zu ermöglichen, seine Interessen wahrzunehmen.⁴⁰ Letztlich stützt sich die Begründung des Gerichtshofs in diesem neu entschiedenen Fall auf den bereits vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Grundsatz, dass die Ausnahmen von der

³⁹ Die Europäische Kommission hat der Schweiz vorgeschlagen, die Unionsbürgerrichtlinie durch eine Vertragsänderung in das FZA zu integrieren, doch der Schweizerische Bundesrat hält die heute geltenden Regeln für genügend und „verzichtet auf die Aufnahme von Verhandlungen zur Übernahme der Richtlinie“ (vgl. die Medienmitteilung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 14.6.2011, „Schweiz-EU: Elftes Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen“, <<http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/2011-06-14.html>>).

⁴⁰ EuGH, verb. Rs. 115-116/81, *Adoui und Cornuaille*, Slg. 1982, 1665, Rn. 13.

Freizügigkeit grundsätzlich eng auszulegen seien, und wendet in diesem Lichte den Verhältnismässigkeitsgrundsatz an. Daher lassen sich die Ausführungen des Urteils auch auf das FZA übertragen, wobei sich der Anspruch auf diesbezüglichen Rechtsschutz im Abkommen direkt aus der Vorschrift des Art. 11 FZA ergibt. Diesem Ansatz steht auch der Umstand nicht entgegen, dass der EuGH zur Auslegung der relevanten Bestimmungen der RL 2004/38 auch auf die Unionsgrundrechte zurückgreift: Denn zwar nimmt das FZA auf diese keinen Bezug; allerdings sieht es eine „Anlehnung“ an das Unionsrecht und seine Auslegung in der EU vor. Wenn letztere nun auch durch die EU-Grundrechte beeinflusst wird, sind diese in diesem Rahmen dann auch für die Auslegung des FZA relevant, allerdings nicht als solche, sondern als Teil des in das Abkommen „übernommenen“ Unionsrechts.⁴¹

Sofern es in der Rs. C140/12, *Brey*, um die Anwendung der Koordinierungsverordnung 883/2004 geht, lassen sich die Ausführungen des Gerichtshofs ohne weiteres auf das FZA übertragen, nachdem die Verordnung durch Beschluss des Gemischten Ausschusses Schweiz-EU in den Anhang II des FZA übernommen wurde.⁴² Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38, wonach das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger für mehr als drei Monate davon abhängt, dass sie über eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen, damit sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, fand sich bereits in den Aufenthaltsrichtlinien 90/364, 90/365 und 93/96.⁴³ Diese waren wiederum Vorbild für die gleichlautenden Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA, so dass insoweit eine Übertragung der zur RL 2004/38 ergangenen EuGH-Rechtsprechung auf das FZA grundsätzlich in Betracht kommt. Dies gilt etwa für Fragen zur Art, Höhe und Herkunft der erforderlichen finanziellen Mittel.⁴⁴ Auch entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des FZA, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Freizügigkeit grundsätzlich weit und die Ausnahmen eng auszulegen sind und die Auslegung an dem Ziel, die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte zu erleichtern, auszurichten ist, damit deren praktische Wirksamkeit (*effet utile*) nicht vereitelt wird. Dies spricht dafür, dass die Vertragsparteien im Rahmen von Art. 24 Anhang I FZA für die Höhe der erforderlichen finanziellen Mittel ebenso wie bei Art. 8 Abs. 4 RL

⁴¹ Zur Problematik im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, 141 ff.; i.Erg. ebenso *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.

⁴² Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses Schweiz-EU vom 31. März 2012, AS20122345. Vgl. die Publikation der Verordnung in SR 0.831.109.268.1.

⁴³ Siehe jeweils Art. 1 Abs. 1 Uabs. 1 der genannten Aufenthaltsrichtlinien, nämlich der Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht. ABl. L 180, 26; Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. 1990 L 180, 28, sowie der Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317, 59.

⁴⁴ Vgl. hierzu z.B. *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Wyssling* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, 101, 103 f.

2004/38 keinen festen Betrag vorschreiben dürfen, sondern verpflichtet sind, die individuelle Situation des Betroffenen zu berücksichtigen, wobei der Betrag den Schwellenwert für Sozialhilfe oder ggf. die Mindestrente nicht übersteigen darf. In diesem Rahmen verfügen die Staaten jedoch über einen gewissen Spielraum und auch gewisse Typisierungen sind zulässig. Die schweizerische Praxis, wonach die finanziellen Mittel als ausreichend beurteilt werden, wenn sie die Ansätze der Schweizerischen Konferenz der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) überschreiten, unterhalb derer es nach schweizerischem Recht Anspruch auf Fürsorgeleistungen gibt, dürfte daher jedenfalls als Richtschnur zulässig sein.

Soweit der Gerichtshof über den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 hinaus eine Einschränkung bzw. Präzisierung dahingehend vornimmt, dass bei Inanspruchnahme von Sozialleistungen keine automatische Ausweisung erfolgen dürfe, sondern eine Ausweisung nur bei „unangemessener Inanspruchnahme von Sozialleistungen“ zulässig sei, lässt sich das Urteil nicht auf das FZA übertragen. Denn gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA besteht das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger nur so lange, wie die Berechtigten die Bedingungen des Abs. 1 erfüllen, so dass es mit Wegfall der ausreichenden finanziellen Mittel automatisch entfällt.

Das Urteil zeigt, dass die Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie in das FZA zur Begründung von Ansprüchen auf Sozialhilfegewährung an Nichterwerbstätige führen würde, deren Umfang sich bisher nur teilweise abschätzen lässt, zumal auch innerhalb der EU die genaueren Voraussetzungen noch durch die zukünftige Rechtsprechung näher konturiert werden dürften.

Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rs. C-529/11, *Alarape und Tijani*, lassen sich auf das FZA übertragen, soweit sie die Auslegung und Anwendung von Art. 12 VO 1612/68 betreffen, wonach Kinder von Wanderarbeitnehmern Zugang zum allgemeinen Unterricht und zur Lehrlings- und Berufsausbildung im Aufnahmestaat haben. Denn diese Vorschrift wird durch den nahezu wortgleichen Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA in das Abkommen übernommen. Der EuGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung und wendet im Wesentlichen die vor der Unterzeichnung des FZA anerkannten Grundsätze auf eine neue Fallkonstellation an. Da das FZA andererseits die Unionsbürgerrichtlinie und damit auch das Daueraufenthaltsrecht nicht übernommen hat, sind die Feststellungen zu den Voraussetzungen für seine Erlangung gemäss Art. 16 RL 2004/38 nicht für die Auslegung des FZA relevant.

In der Rs. C-20/12, *Giersch* stellte der Gerichtshof fest, dass das luxemburgische Wohnsitzerfordernis als Voraussetzung für den Zugang zur Ausbildungsförderung gegen Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 verstosse. Die Ausführungen des EuGH zu dieser Vorschrift lassen sich grundsätzlich auf Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA übertragen, da dieser eine wörtliche Übernahme des Verordnungsartikels darstellt. Da der Gerichtshof hier letztlich eine Prüfung der Verhältnismässigkeit vornimmt und dabei den in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Grundsätzen und Kriterien folgt, dürfte es auch im Rahmen des FZA an der Erforderlichkeit fehlen, wenn nur durch ein Wohnsitzerfordernis belegt werden kann, dass der für die Leistung vorausgesetzte effektive Grad der Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat besteht. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass es in dem entschiedenen Fall zwar wieder um eine Ausbildungsförderung geht, diese jedoch nicht der Einschränkung des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA unterliegt, wonach

das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt.⁴⁵ Denn die Ausnahme gilt nur „für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“, so dass die Kinder von Wanderarbeitnehmern (oder Selbständigen, Art. 15 Anhang I FZA), auf die der Art. 9 Anhang I FZA Anwendung findet, nicht von der Ausnahme betroffen sind.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)

I. Versteckte Lohndiskriminierung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*)

Die Rs. C-514/12⁴⁶ betraf eine Regelung des Landes Salzburg, die das Vorrücken in eine höhere Einkommensstufe an die zurückgelegte Dienstzeit knüpfte. Danach wurden Dienstzeiten, die ein Arbeitnehmer als Angestellter der Gebietskörperschaft ununterbrochen zurückgelegt hat, vollumfänglich, alle anderen Dienstzeiten hingegen nur teilweise berücksichtigt. Der EuGH stellt zunächst fest, dass es sich dabei um eine (mittelbar) diskriminierende Regelung handle. Daneben liege auch eine Beschränkung der Freizügigkeit vor, da die Regelung bei der Gebietskörperschaft tätige Personen möglicherweise davon abhalten könne, ihre Freizügigkeitsrechte auszuüben. Eine Rechtfertigung im Sinne einer „Treueprämie“ (die letztlich die Bindung der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber sicherstellen soll) scheide jedenfalls mangels Geeignetheit aus, da die Gebietskörperschaft (das Land Salzburg) eine Vielzahl von Arbeitgebern umfasse. Das Ziel der Verwaltungsvereinfachung könne eine Beschränkung der Freizügigkeit ebenfalls nicht begründen, insbesondere stelle die mit einer solchen Vereinfachung einhergehende Kosteneinsparung einen rein wirtschaftlichen Grund dar. Und schliesslich könne auch das Anliegen der Transparenz die Regelung nicht rechtfertigen, da sie nicht erforderlich sei. Denn es stünden mildere Mittel zur Verfügung, wie z.B. die Ausarbeitung nicht diskriminierender Kriterien für das Vorrücken in eine höhere Gehaltsstufe und ihre Verbreitung.

Interessant ist im Übrigen, dass der Gerichtshof erneut und unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung darauf hinweist, dass der Umstand, dass die Beeinträchtigung der Freizügigkeit unbedeutend sei, nichts am Vorliegen einer Beschränkung ändere. Denn aufgrund des grundlegenden Charakters der Grundfreiheiten (der Gerichtshof verweist hier auf alle Grundfreiheiten) sei jede auch noch so unbedeutende Beeinträchtigung der Freiheit verboten. Auch der Umstand, dass es ungewiss sei, ob sich die in Rede stehende Regelung auf das Verhalten der Freizügigkeitsberechtigten auswirke, sei jedenfalls bei einer

⁴⁵ Vgl. oben B.II.2.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 5.12.2013, Rs. C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*.

diskriminierenden Regelung irrelevant, da eine derart grundlegende Freiheit nicht durch Überlegungen rein subjektiver Art eingeschränkt werden könne. Damit dürfte der EuGH auch in diesem Urteil dem Ansatz, ein Eingriff in Grundfreiheiten liege nur vor, wenn die Beeinträchtigungen „spürbar“ seien, eine Absage erteilen. Im Übrigen bleibt aber offen, ob und inwieweit bei (nichtdiskriminierenden) Beschränkungen die „Ungewissheit“ der Auswirkungen eine Rolle spielen bzw. die Verneinung eines Eingriffs begründen kann, da sich die diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs nur auf diskriminierende Massnahmen beziehen. Des Weiteren lässt es das Urteil offen, ob das durch Treueprämien angestrebte Ziel, die Arbeitnehmer an ihre Arbeitgeber zu binden, grundsätzlich ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls darstellen kann. Obwohl dieses Anliegen an sich *per se* freizügigkeitsbehindernd ist (ist doch sein Ziel gerade darauf ausgerichtet, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht verlässt und somit auch nicht von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht), spricht doch einiges für die Bejahung der Frage. Denn es geht letztlich um ein genuines Anliegen des Arbeitgebers, nämlich dessen Bedürfnis nach erfahrenen Arbeitskräften, das einem betrieblichen Anliegen entspricht, so dass hier keine wirtschaftlichen Gründe zur Debatte stehen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Der Gerichtshof stützt sich in seinem Urteil auf den Gleichbehandlungsgrundsatz, der sowohl in Art. 45 Abs. 2 AEUV als auch in dem konkretisierenden Art. 7 VO 492/2011 niedergelegt sei. Letztere Vorschrift entspricht nahezu wortgleich dem Art. 12 VO 1612/68 und dem diesem nachgebildeten Art. 9 Anhang I FZA, während von diesem nicht erfasste Diskriminierungen von Arbeitnehmern durch Art. 2 FZA verboten werden, der insoweit dem Art. 45 Abs. 2 AEUV entspricht.⁴⁷ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs war, dass die Grundfreiheiten und auch die Freizügigkeitsrechte der Arbeitnehmer konkretisierende VO 1612/68 mit Blick auf die Ziele der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und deren Integration grundsätzlich weit auszulegen seien.⁴⁸ Die Ausführungen zur Beeinträchtigungsschwelle und zum letztlich abgelehnten „Spürbarkeitskriterium“ fügen sich in die bereits seit der Unterzeichnung des Abkommens bekannte Rechtsprechung ein und führen diese letztlich für eine bestimmte neue Konstellation fort.⁴⁹ Sie lassen sich daher auf die Auslegung des FZA übertragen. Das Gleiche gilt auch für die Feststellungen zu den Voraussetzungen, unter denen die Ziele der Verwaltungsvereinfachung und der Transparenz Beschränkungen der Freizügigkeit rechtfertigen können, da es sich

⁴⁷ Zu Letzterem vgl. BGE 129 I 399, E. 3.2.3, wonach Art. 2 FZA neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV für das Verhältnis Schweiz – EU übernehme.

⁴⁸ Siehe statt vieler EuGH, Rs. C-389/87, *Echternach G.B.C.*, Slg. 1989, 723, m.w.N.

⁴⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-237/94, *O’Flynn*, Slg. 1996, I-2617, Rn. 21; siehe auch EuGH Rs. C-190/98, *Volker Graf*, Slg. 2000, I-493 m.w.N.

insoweit wiederum um die Anwendung der bereits etablierten Kriterien des Verhältnismässigkeitsprinzips handelt.

II. Beschränkung der Freizügigkeit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-379/11, *Caves Krier Frères*

Eine nationale Regelung, wonach ein Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen eine Art Beihilfe für die Einstellung älterer Arbeitnehmer (ab 45 Jahren) erhalten kann, war Gegenstand der Rs. C-379/11⁵⁰. Die Beihilfe war an die Bedingung geknüpft, dass die einzustellende Person in dem betreffenden Mitgliedstaat als arbeitssuchend gemeldet ist. Dabei kann diese Meldung nur dann erfolgen, wenn ein Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat besteht.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, die Situation eines Grenzgängers (die im Ausgangsfall zur Debatte stand), der nach dem Verlust seines Arbeitsplatzes in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sich sein tatsächlicher Wohnsitz befindet, wieder eine Beschäftigung im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsvertrags findet, falle in den Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV. Im Übrigen könne sich auch der Arbeitgeber auf Art. 45 AEUV berufen. Denn das Recht der Arbeitnehmer, bei Einstellung und Beschäftigung nicht diskriminiert zu werden, könne nur dann seine volle Wirkung entfalten, wenn die Arbeitgeber ein entsprechendes Recht darauf haben, Arbeitnehmer nach Massgabe der Bestimmungen über die Freizügigkeit einzustellen.⁵¹ Vor diesem Hintergrund sei Art. 21 AEUV nicht mehr zu prüfen, da Art. 45 AEUV eine besondere Ausprägung dieses Freizügigkeitsrechts für Arbeitnehmer sei.⁵² Daraus kann man ableiten, dass im Falle der Einschlägigkeit des Art. 45 AEUV diese Vorschrift vorrangig anzuwenden ist und sich ein Rückgriff auf Art. 21 AEUV erübrigt. Dies ist auch deshalb sinnvoll, weil die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts in beiden Bestimmungen differieren.

Die fragliche Regelung beschränke die Freizügigkeit, da sie den Zugang von Arbeitssuchenden aus anderen Mitgliedstaaten zum inländischen Arbeitsmarkt erschweren könne. Denn Arbeitgeber könnten geneigt sein, eher im Inland wohnhafte Personen anzustellen, um in den Genuss der Beihilfe zu gelangen. Dieser Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit könne auch nicht gerechtfertigt werden. Denn ein Wohnsitzerfordernis für Wander- und Grenzarbeitnehmer sei grundsätzlich unangemessen, da diese, indem sie Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden haben, grundsätzlich ein hinreichendes Band der Integration in die Gesellschaft dieses Staates geschaffen hätten, das es ihnen erlaube, in den Genuss

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-379/11, *Caves Krier Frères*.

⁵¹ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Slg. 1998, I-2521, Rn. 19 f.; EuGH, Rs. C-208/05, *ITC*, Slg. 2007, I-181, Rn. 22 f.

⁵² S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-208/05 (*ITC*), Slg. 2007, I-181, Rn. 64 f.; EuGH, Rs. C-287/05, *Hendrix*, Slg. 2007, I-6909, Rn. 61 f.; EuGH, Urt. v. 25. Oktober 2012, C-367/11, Rn. 20, *Prete*.

des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmern und dort ansässigen Arbeitnehmern zu kommen. Im Übrigen ergebe sich das Band der Integration insbesondere daraus, dass die Wander- und Grenzarbeitnehmer mit den Abgaben, die sie im Aufnahmemitgliedstaat aufgrund der dort von ihnen ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit entrichten, auch zur Finanzierung der sozialpolitischen Massnahmen dieses Staates beitragen.

Diese Aussagen zur Rechtfertigung sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass keine Rechtfertigungsgründe vorgetragen wurden, der Gerichtshof sich aber gleichwohl dazu veranlasst sah festzustellen, dass etwaige Erwägungen sozial- oder beschäftigungspolitischer Natur jedenfalls nicht den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprächen.

b) Rs. C-202/11, *Las*

Hintergrund der Rs. C-202/11⁵³ ist letztlich der Sprachenkonflikt in Belgien: Nach einem flämischen Dekret sind alle Arbeitgeber mit Betriebssitz in Flandern verpflichtet, Arbeitsverträge (auch solche mit grenzüberschreitendem Charakter) ausschliesslich auf Niederländisch abzufassen. Wird diese Vorgabe nicht eingehalten, ist der entsprechende Vertrag bzw. die entsprechende Klausel als nichtig anzusehen. Eine derartige Vorschrift ist nach der Entscheidung des Gerichtshofs nicht mit Art. 45 AEUV zu vereinbaren. Eine solche Regelung sei nämlich geeignet, abschreckende Wirkung auf nicht niederländischsprachige Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus anderen Mitgliedstaaten zu entfalten und stelle somit eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Eine Rechtfertigung komme zwar grundsätzlich in Betracht, da die betreffende Vorschrift den Gebrauch der niederländischen Sprache fördern solle, was in Anbetracht des Art. 22 GRCh (Wahrung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt) und des Art. 4 II EUV (Achtung der nationalen Identität) ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls darstelle. Im Übrigen seien auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer und die Erleichterung von Kontrollen sowie die Überwachung durch die Gewerbeaufsicht als zwingende Erfordernisse anzusehen. Allerdings sei die Regelung nicht verhältnismässig, da bei grenzüberschreitenden Arbeitsverträgen nicht davon auszugehen sei, dass die Parteien zwangsläufig die niederländische Sprache beherrschen, ganz abgesehen davon, dass bei grenzüberschreitenden Arbeitsverträgen als milderes Mittel die Zulassung von Verträgen in einer anderen, allen Vertragsparteien geläufigen Sprache in Betracht komme.

Auffallend ist die sehr rudimentäre Prüfung der Verhältnismässigkeit durch den Gerichtshof. Er unterscheidet letztlich nicht zwischen den drei geltend gemachten Rechtfertigungsgründen, sondern handelt (nur) die Erforderlichkeit pauschal ab, wobei seine Erwägungen im Wesentlichen den Rechtfertigungsgrund des Arbeitnehmerschutzes betreffen. Es wäre hier zu wünschen gewesen, dass der Gerichtshof die Verhältnismässigkeit genauer und getrennt in Bezug auf jeden einzelnen Rechtfertigungsgrund vorgenommen hätte. Dies hätte wohl insgesamt nicht zu einem anderen Ergebnis geführt, jedoch insbesondere Aufschluss gegeben

⁵³ EuGH, Urt. v. 16.4.2013, Rs. C-202/11, *Las*.

über die mögliche Relevanz des Anliegens, die Amtssprache zu schützen und zu fördern. So ist nicht wirklich klar, ob und inwieweit dieses Ziel tatsächlich eine Pflicht zum Gebrauch der Amtssprache auf dem entsprechenden Territorium zu begründen vermag. Vieles dürfte durchaus dafür sprechen, dass diese Frage grundsätzlich zu bejahen ist, jedoch ggf. im Falle der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten eine gewisse Flexibilität gefordert sein kann.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In der Rs. C-379/11, *Caves Krier Frères*, wendet der Gerichtshof Art. 45 AEUV entsprechend den in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Grundsätzen auf eine neue Fallkonstellation an, so dass die Erörterungen im Ergebnis auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit im FZA und insbesondere das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA übertragen werden können bzw. deren Auslegung zu demselben Ergebnis führen dürfte.

Die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rs. C-202/11, *Las*, zum Vorliegen einer Beschränkung sowie zur Rechtfertigung stellen im Wesentlichen ebenfalls eine Anwendung bereits etablierter Grundsätze der Rechtsprechung dar, die schon vor der Unterzeichnung des FZA ergangen ist. Insbesondere hatte der EuGH darin bereits anerkannt, dass das Ziel eines Mitgliedstaats, eine oder mehrere seiner Amtssprachen zu schützen und zu fördern, als ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anzusehen ist.⁵⁴ Für die Schweiz dürfte das Urteil im Übrigen auch wegen Art. 7 Abs. 2 EntsG⁵⁵ von Interesse sein. Denn der Arbeitgeber muss auf Verlangen der zuständigen Stelle dieser alle Dokumente zustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer belegen. Die Dokumente müssen dabei in einer Amtssprache vorgelegt werden. Da der EuGH im Rahmen von Art. 45 Abs. 2 AEUV eine Verhältnismässigkeitsprüfung auf der Grundlage der in der Rechtsprechung seit langem etablierten Grundsätze durchführt, lässt sich die Argumentation wiederum auf das Abkommen übertragen. Damit Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber, die grenzüberschreitend tätig werden, nicht benachteiligt werden, ist im Rahmen des Abkommens Art. 2 FZA zu beachten, so dass die Massnahme ebenfalls nur zulässig ist, wenn und soweit sie verhältnismässig ist. Daher dürfen die zuständigen Organe auch im Rahmen des Abkommens nur jene Teile des Arbeitsvertrages (und gegebenenfalls der anwendbaren Reglemente) in einer Amtssprache verlangen, die für die Kontrolle der Einhaltung des Entsendegesetzes tatsächlich erforderlich sind.⁵⁶

⁵⁴ EuGH, Rs. C-379/87, *Groener*, Slg. 1989, 3967, Rn. 19; s. auch EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium u. a.*, Slg. 2007, I-11135, Rn. 43.

⁵⁵ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

⁵⁶ So auch *Thomas Geiser*, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU. Überblick und Kommentar* 2013/14, Zürich 2014, 143, 162.

III. Steuerliche Fragen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-544/11, *Petersen*)

Gegenstand der Rs. C-544/11⁵⁷ war eine steuerliche Regelung eines Mitgliedstaates, wonach bestimmte Einkünfte einer in diesem Mitgliedstaat wohnhaften und unbeschränkt steuerpflichtigen Person aus einer nicht selbständigen Tätigkeit von der Einkommensteuer befreit sind, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in diesem Mitgliedstaat hat, nicht aber, wenn er seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Der Kläger des Ausgangsverfahrens verlangte eine Einkommensteuerbefreiung für die Einkünfte, die er mit Tätigkeiten für ein dänisches Unternehmen im Rahmen eines Entwicklungshilfeprojekts in Benin erzielt hatte. Der Gerichtshof hielt zunächst fest, dass die Regelung an Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und nicht an Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) zu messen sei. Denn die Regelung betreffe die Besteuerung eines Arbeitnehmers und damit die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Soweit sich aus ihr auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ergeben (weil inländische Arbeitgeber günstiger behandelt werden als ausländische und somit leichter qualifiziertes Personal finden könnten), wären solche Auswirkungen lediglich die unvermeidliche Folge einer eventuellen Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und somit nicht eigens am Massstab der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen.

In der Sache erachtete der Gerichtshof die Regelung als mit Art. 45 AEUV unvereinbar. Es liege eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor, da die Regelung die Arbeitnehmer davon abhalten könne, eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Auch sei Art. 45 AEUV in Situationen anwendbar, in denen die Berufstätigkeit ausserhalb des Unionsgebiets ausgeübt wird, sofern das Arbeitsverhältnis einen hinreichenden Bezug zum Unionsgebiet aufweist (was vorliegend aufgrund des Sitzes des Arbeitgebers in einem Mitgliedstaat und des Abschlusses des Arbeitsvertrages nach dem Recht dieses Mitgliedstaats gegeben sei). Zwar könne die Regelung grundsätzlich durch das Anliegen der Wirksamkeit der steuerlichen Überwachung gerechtfertigt werden. Die Massnahme sei jedoch nicht erforderlich, da die zuständigen Behörden vom Steuerpflichtigen entsprechende Nachweise im Hinblick auf die Festsetzung der Steuern verlangen könnten. Die Förderung von Aktivitäten der öffentlichen Entwicklungszusammenarbeit (es ging um Steuerbefreiungen für Verdienste aufgrund gewisser Tätigkeiten in Entwicklungsorganisationen) könne ebenfalls nicht als Rechtfertigung angeführt werden, da nicht ersichtlich sei, warum nur Unternehmen mit Sitz im Inland fähig sein sollen, die auf die Erreichung dieser Ziele gerichteten Aktivitäten auszuführen.⁵⁸

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-544/11, *Petersen*.

⁵⁸ S. ansonsten aus dem Bereich der Freizügigkeit noch EuGH, Urt. v. 16.5.2013, Rs. C-589/10, *Wencel* (grundsätzliche Zulässigkeit der Kürzung einer Rente um Leistungen, die durch eine Einrichtung eines anderen Mitgliedstaats gewährt werden); zur sich aus Art. 45 AEUV ergebenden Notwendigkeit der Berücksichtigung der Beschäftigungszeiten bei einer Internationalen Organisation in einem anderen Mitgliedstaat für die Berechnung der Rentenansprüche EuGH, Urt. v. 4.7.2013, Rs. C-233/12, *Gardella*.

Damit stellt sich freilich auch die Frage, inwieweit es in anderen Fallkonstellationen noch zulässig ist, Steuervergünstigungen an die Voraussetzung eines Bezugs zum Mitgliedstaat zu knüpfen, z.B. die Förderung als gemeinnützig anerkannter inländischer Projekte (etwa im Bereich des Natur- oder Denkmalschutzes) oder von Vereinigungen, wenn diese im Inland ihren Sitz haben oder durch eigene Stellen des Mitgliedstaates anerkannt sind.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen verbietet diskriminierende Regelungen bei der Besteuerung von Arbeitnehmern in Art. 9 Abs. 2 Anhang I und Art. 2 FZA, bei deren Auslegung die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 VO 1612/68 und Art. 45 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Sofern sich in einem derartigen Fall keine (direkte oder indirekte) Diskriminierung feststellen lassen sollte, bliebe noch zu prüfen, ob das FZA ebenso wie das Unionsrecht auch blosse Beschränkungen der Freizügigkeit verbietet. Da der Gerichtshof bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens jedenfalls bezüglich der Aufenthaltsrechte der Arbeitnehmer und Selbstständigen entschieden hatte, dass diese ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten,⁵⁹ sprechen gute Gründe dafür, diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen. Damit sind auch Regelungen in Konstellationen wie der vorliegenden am Massstab der durch das Abkommen gewährleisteten Aufenthaltsrechte zu messen. Für diese Prüfung dürfte das hier angezeigte Urteil des Gerichtshofs von Bedeutung sein. Auch die Erörterungen zur Anwendbarkeit des Unionsrechts auf einen Sachverhalt, in dem die Tätigkeit in einem Drittstaat ausgeführt wurde (und der Arbeitnehmer möglicherweise nie in einem anderen Mitgliedstaat als dem seiner eigenen Staatsangehörigkeit gearbeitet hat), beruhen auf der vor der Unterzeichnung des FZA bereits ergangenen Judikatur des EuGH, welche gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Danach ist Art. 45 AEUV anwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis einen hinreichend engen Bezug zum Recht eines Mitgliedstaats und damit zu den einschlägigen Regeln des Unionsrechts besitzt.⁶⁰ Hinsichtlich der Prüfung der Rechtfertigung lässt sich die durch den Gerichtshof vorgenommene Auslegung ebenfalls auf das FZA übertragen, da der EuGH wiederum eine neue Fallkonstellation anhand bereits seit langem etablierter Kriterien der Verhältnismässigkeit prüft.⁶¹

⁵⁹ Vgl. grundlegend zum Beschränkungsverbot im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Unionsrecht EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-60/93, *Aldewereld*, Slg. 1994, I-2991, Rn. 14; EuGH, Rs. C-214/94, *Boukhalfa*, Slg. 1996, I-2253, Rn. 15.

⁶¹ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225; EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493 aus der Zeit vor der Unterzeichnung des FZA; siehe auch EuGH, Rs. C-391/97, *Gschwind*, Slg. 1999, I-5451; EuGH, Rs. C-87/99, *Zurstrassen*, Slg. 2000, I-3337.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)

I. Glücksspiele

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Verb. Rs. C-186/11, C-209/11, *Stanleybet International*

Der Zugang zum Glücksspielmarkt war Gegenstand der verb. Rs. C-186/11, C-209/11⁶². In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung⁶³ prüfte der Gerichtshof die Übertragung des ausschliesslichen Rechts zur Durchführung von Glücksspielen an ein einziges Unternehmen am Massstab der Art. 49, 56 AEUV, da diese Massnahme eine Beschränkung der erwähnten Grundfreiheiten darstelle. Eine Rechtfertigung durch die Anliegen des Verbraucherschutzes, der Betrugsverhütung und der Vermeidung von Anreizen für Bürger zu übermässigen Ausgaben für Glücksspiele komme durchaus in Betracht. Allerdings müsse gewährleistet werden, dass das Anliegen tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird. Dabei könne der blosser Umstand, dass in anderen Mitgliedstaaten andere Schutzsysteme zum Zuge kommen, keine Rolle spielen, so dass ein Monopol durchaus mit dem Vertrag in Einklang stehen könne. Allerdings deuteten die vom vorlegenden Gericht dargelegten Umstände (eine nur rudimentäre Überwachung durch die Behörden, das Gewinnanliegen des Monopolisten und die Ausgestaltung der Glücksspiele) darauf hin, dass der Verhältnismässigkeit nicht Genüge getan sei, was aber durch das nationale Gericht zu beurteilen sei. Komme dieses zum Schluss der Unvereinbarkeit, so dürfe die Monopolregelung auch nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden, wie sich aus dem Vorrang des Unionsrechts ergebe. Für die zwischenzeitlich eingereichten Anträge sei aber eine Überprüfung am Massstab des angestrebten Niveaus und Systems des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung möglich, so dass Genehmigungen auch verweigert werden dürften, wobei allerdings objektive und nicht diskriminierende Kriterien zum Zuge kommen müssten.

Dieser letzte Aspekt wurde in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht ausdrücklich angesprochen. Immerhin ist auffallend, dass der Gerichtshof zwar Anhaltspunkte für die Unzulässigkeit der Regelung formuliert, jedoch dem nationalen Gericht hier einen sehr weiten Spielraum für ihre Anwendung lässt. Der EuGH geht offenbar davon aus, dass auch im Falle eines Verstosses einer nationalen (Monopol-) Regelung der Glücksspielbereich während der Übergangszeit reglementiert werden darf, wobei aber die Grundfreiheiten zu beachten sind. Interessant ist dies insofern, als gerade während einer solchen Übergangszeit in dem betreffenden Mitgliedstaat grundsätzlich keine gesetzlichen Grundlagen bestehen

⁶² EuGH, Urt. v. 24.1.2013, verb. Rs. C-186/11, C-209/11, *Stanleybet International*.

⁶³ Zu dieser *Epiney/Mosters*, SJER 2012/2013 (Fn. 2), 49 (71 ff.), mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung.

werden (die bestehenden sind ja gerade wegen ihrer Unionsrechtswidrigkeit nicht anwendbar), so dass es sich fragt, ob in einer solchen Situation wirklich davon ausgegangen werden kann, dass die Regulierung in objektiver und nicht diskriminierender Weise erfolgt und insbesondere dass die hierfür massgeblichen Kriterien im vornherein in hinreichend klarer Weise festgelegt sind. Zweifel sind hier angebracht, und es erstaunt, dass der Gerichtshof mit keinem Wort auf diese Problematik eingeht.

b) Verb. Rs. C-660/11, C-8/12, *Biasci*

In den verb. Rs. C-660/11, C-8/12⁶⁴ ging es ebenfalls um den Glücksspielsektor, wobei der Gerichtshof an seine bisherige Rechtsprechung anknüpft:⁶⁵

- Grundsätzlich sei es mit Art. 49, 56 AEUV vereinbar, den Zugang zum Glücksspielsektor nicht nur von einer staatlichen Konzession, sondern darüber hinaus von einer polizeilichen Genehmigung abhängig zu machen, da die mit einer solchen Regelung verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne.
- Hingegen verstosse es gegen die genannten Grundfreiheiten, bei der Vergabe neuer Konzessionen (die bislang unter Verstoss gegen Unionsrecht verweigert wurden) Mindestabstände zwischen den Einrichtungen neuer Konzessionäre und denjenigen der bestehenden Betreiber vorzusehen.
- Ebensowenig stehe es mit dem Unionsrecht in Einklang, praktisch jede grenzüberschreitende Tätigkeit im Glücksspielsektor zu unterbinden bzw. mit dem Entzug der Konzession zu „ahnden“. Dieser Aspekt war so noch nicht eindeutig durch die Rechtsprechung formuliert, doch erscheint er wenig überraschend. Es ist nämlich – worauf der *EuGH* nicht eigens eingeht – nicht Sache des Sitzmitgliedstaats, die öffentliche Ordnung oder die Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten zu schützen. Vielmehr können die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls schon aus Gründen der Zuständigkeit der Staaten wohl nur für den eigenen Hoheitsbereich angeführt werden, so dass grenzüberschreitende Tätigkeiten an sich grundsätzlich nicht zum Entzug einer Konzession im Inland führen dürfen. Anders ist es jedoch, wenn sie Rückschlüsse auf das Verhalten im eigenen Staat zulassen, was etwa bei kriminellen Verhaltensweisen der Fall sein kann.
- Ganz auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung liegt wiederum die Feststellung, dass die Mitgliedstaaten nicht zur Anerkennung von durch einen anderen Mitgliedstaat ausgestellten Genehmigungen zur Durchführung von Glücksspielen verpflichtet sind. Denn ihnen stehe auf diesem Gebiet ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu, und im übrigen verfügten sie jeweils über unterschiedliche Schutzstandards.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 12.9.2013, verb. Rs. C-660/11, C-8/12, *Biasci u.a.*

⁶⁵ S. insbesondere EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-460/04, Slg. 2007, I-1891, *Placanica*; EuGH, Urt. v. 16.2.2012, verb. Rs. C-72/10, C-77/10, *Costa und Cifone*; zum letztgenannten Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2012/2013 (Fn. 2), 49 (71 f.).

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sowohl das Schweizerische Bundesgericht⁶⁶ als auch der EuGH⁶⁷ gehen davon aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen gewähre, nicht aber sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit verbiete.⁶⁸ Folgt man dieser Rechtsprechung, so lassen sich die Urteile des Gerichtshofs zu Glücksspielen als solche nicht auf das FZA übertragen, sofern sie die Dienstleistungsfreiheit betreffen. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ist wiederum zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden, da das Abkommen die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA nur für natürliche Personen gewährt.⁶⁹ Diese geniessen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und einen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I FZA). Bei der Prüfung der Rechtfertigung sind dabei gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die von der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52 AEUV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen. Die hier behandelten Urteile greifen auf die bereits der Unterzeichnung des FZA in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze zurück und wenden sie jeweils auf einen neuen Sachverhalt an. Auch wenn der Gerichtshof seine Rechtsprechung zu den Glücksspielen in den Jahren nach Unterzeichnung des FZA durch eine Reihe von Urteilen präzisiert und weiterentwickelt hat, dürfte die Auslegung des Abkommens daher dennoch jeweils zu den gleichen Ergebnissen führen. Da allerdings das Abkommen nur die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen gewährt und auch die Dienstleistungsfreiheit in diesem Kontext nicht anwendbar ist, dürften die praktischen Auswirkungen des FZA für den Glücksspielmarkt im Vergleich zum EU-Recht nur sehr geringfügig sein.

⁶⁶ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010, I-7229; siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 27), 75, 120 ff.

⁶⁸ Ausführlich hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007 (Fn. 44), 101, 120 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008 (Fn. 29), 55, 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 10), 51, 71 f.; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2011, 81, 87 ff.

⁶⁹ Ebenso EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009, I-10777, Rn. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil siehe bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: *Epiney/Gammenthaler* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 77, 104 f.); EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Slg. 2010, I-1025, Rn. 30-32. Vgl. ausserdem *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (ebd.), 77, 98 f.

II. Marktzugang im Gesundheitssektor

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Verb. Rs. C-159/12-161/12, *Venturini*

Das Urteil in den verb. Rs. C-159/12-161/12⁷⁰ betraf die Vereinbarkeit einer Apothekenpflicht für den Verkauf ärztlich verordneter Arzneimittel mit Art. 49 AEUV. Nach einem italienischen Gesetz gilt die Arzneimittelversorgung als eine „primäre Tätigkeit des Staates“, die ausschliesslich über kommunale Apotheken oder durch private Apotheken, die eine von der Regierung ausgestellte Lizenz besitzen, ausgeübt werden darf. Die Regelung sieht weiter vor, dass es einem Apotheker, der Inhaber einer parapharmazeutischen Verkaufsstelle ist, für die – im Gegensatz zu Apotheken – keine Zulassung notwendig ist, verboten ist, verschreibungspflichtige Medikamente zu verkaufen, auch wenn diese vom Käufer selbst (und nicht vom nationalen Gesundheitsdienst) zu bezahlen sind. Der Gerichtshof erachtete diese Regelung als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da der Apotheker damit von bestimmten Teilen des Arzneimittelmarkts in Italien ausgeschlossen sei, so dass eine derartige Regelung geeignet sei, die Niederlassung eines Apothekers zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Allerdings könne diese Regelung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – nämlich dem Anliegen, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und damit dem Gesundheitsschutz – gerechtfertigt werden: In Italien unterliege der Betrieb von Apotheken einer Planung, die mittels eines Zulassungserfordernisses ihre zahlenmässige Begrenzung und gleichmässige Verteilung sicherstellen soll. Eine solche Planung sei grundsätzlich geeignet, das Ziel einer sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten. Erlaubte man nun parapharmazeutischen Verkaufsstellen umfassend, auch verschreibungspflichtige Medikamente zu verkaufen, so könne dies zu Einkommenseinbussen bei Apotheken führen, die ihrerseits schliessen müssten, wodurch in einigen Teilen des Landes ein Mangel an Apotheken entstünde. M.a.W. entstünde die Gefahr eines Unterlaufens der gesamten Apothekenplanung. Diese Auswirkungen könnten nicht dadurch gemindert werden, dass sich die Liberalisierung auf diejenigen Arzneimittel, deren Kosten vom Käufer selbst getragen werden, beschränkt. Auch sonst seien keine alternativen Mittel ersichtlich, so dass auch die Erforderlichkeit gegeben sei.

Zwar knüpft der Gerichtshof hier in weiten Teilen an seine bisherige Rechtsprechung zur „Apothekenplanung“ an, bei der er letztlich eine „Planwirtschaft“ für zulässig erachtet.⁷¹ Die vorliegende Fallgestaltung und insbesondere die Begründung des Gerichtshofs wirft aber durchaus zusätzliche Fragen auf bzw. zeigt die Problematik der Rechtsprechung besonders deutlich: Wenn der Verkauf verschreibungspflichtiger Medikamente (auch) durch parapharmazeutische Verkaufsstellen dazu führen kann,

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 5.12.2013, verb. Rs. C-159/12-161/12, *Venturini*.

⁷¹ Vgl. insbesondere EuGH, verb. Rs. C-570/07, C-571/07, Slg. 2010, I-4629, *Blanco Pérez*.

dass Apotheken weniger Umsatz erzielen und deswegen schliessen müssen, so folgt allein daraus nicht zwingend, dass damit in gewissen Teilen des Landes keine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung mit Arzneimitteln gewährleistet wäre. Es wäre vielmehr genauer zu prüfen, ob der Bedarf nicht auf andere Weise als durch die „offiziellen“ Apotheken gedeckt werden kann und die Planwirtschaft im Apothekensektor nicht vor allem eine Art Bestands- und Konkurrenzschutz für bestehende Apotheken ist. Damit soll nicht das Anliegen einer genügenden Grundversorgung in allen Gebieten negiert werden. Jedoch kommen wohl mildere Mittel als ein Verbot neuer Marktteilnehmer in Frage, so z.B. ein Eingreifen lediglich in Regionen, wo erwiesenermassen ein entsprechendes Versorgungsproblem besteht, und dies möglicherweise nicht mittels Verboten für neue Marktteilnehmer, sondern Anreizen für Niederlassungswillige in solchen „Randregionen“. Jedenfalls erstaunt in diesem Zusammenhang die relativ geringe Kontrolldichte des Gerichtshofs bei der Frage nach der Verhältnismässigkeit der Massnahme.

b) Rs. C-539/11, *Ottica New Line*

Einen ähnlichen Ansatz wie in den verb. Rs. C-159/12-161/12 legt der Gerichtshof auch in anderen Sektoren des Gesundheitssektors zugrunde. So erachtete er in der Rs. C-539/11⁷² eine zahlenmässige Begrenzung von Optikergeschäften in Abhängigkeit von der Einwohnerzahl sowie einen Mindestabstand zwischen „alten“ Optikergeschäften und neu angesiedelten Optikergeschäften grundsätzlich für mit Art. 49 AEUV vereinbar. Der EuGH stützt sich letztlich auf parallele Erwägungen wie in Bezug auf die soeben besprochene, für Apotheken geltende Regelung. Der Gerichtshof verweist zwar auf bestimmte Besonderheiten der Regelung (unterschiedliche Voraussetzungen für eine Neuniederlassung für Gemeinden unter und über 8.000 Einwohner, grosser Ermessensspielraum der Gemeinden für Ausnahmegewilligungen, Stellungnahme eines aus Optikern und damit direkten Konkurrenten zusammengesetzten Gremiums), die – was durch das nationale Gericht festzustellen sei – eine Unverhältnismässigkeit der Massnahme nahelegen könnten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass eine solche planwirtschaftliche Massnahme im Einzelfall durchaus zulässig sein kann. Insgesamt wird durch diese Rechtsprechung der sehr weite Gestaltungsspielraum bestätigt, der den Mitgliedstaaten bei Massnahmen im Gesundheitssektor eingeräumt wird.⁷³

⁷² EuGH, Urt. v. 26.9.2013, Rs. C-539/11, *Ottica New Line*.

⁷³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urt. v. 7.3.2013, Rs. C-577/11, *DKV Belgium*, wo der Gerichtshof nationale Massnahmen, die den Verbraucher gegen erhebliche und unerwartete Erhöhungen der Versicherungsprämien für bestimmte Krankenversicherungen schützen sollen, als grundsätzlich mit Art. 49, 56 AEUV in Einklang stehend erachtet. In EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Rs. C-57/12, *Femarbel*, äusserte sich der Gerichtshof zur Reichweite des Anwendungsbereichs der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) auf Gesundheitsdienstleistungen, wobei er den in der Richtlinie vorgesehenen Ausschluss der Anwendung der Richtlinie in diesem Sektor eher weit fasst.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit es bei den erörterten Marktzugangsbeschränkungen um Regelungen geht, die Gesellschaften betreffen, ist an die Rechtsprechung des EuGH zu erinnern, wonach die im Abkommen gewährleistete Niederlassungsfreiheit nicht für juristische Personen gilt.⁷⁴ Diese können jedoch unter bestimmten Bedingungen die in der Bundesverfassung gewährleistete Wirtschaftsfreiheit geltend machen, die auch zu Gunsten ausländischer Marktteilnehmer zum Zuge kommen kann.⁷⁵ Natürliche Personen können sich demgegenüber auf die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA berufen. Sie haben Anspruch auf Aufenthalt und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit (Art. 12 Anhang I FZA) und geniessen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) sowie einen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I FZA). Diese Rechte können analog zum Unionsrecht zum Schutz legitimer öffentlicher Interessen unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips beschränkt werden, wobei die vom EuGH vor Unterzeichnung des Abkommens zu Art. 52 AEUV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen sind.⁷⁶ Die hier behandelten Urteile greifen im Ergebnis die bereits vor der Unterzeichnung des FZA in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze auf und wenden sie lediglich auf die sich hier stellenden konkreten Auslegungsfragen an. Die Auslegung des Abkommens dürfte daher hinsichtlich der Rechtfertigung jeweils zu gleichen Ergebnissen führen, soweit sich natürliche Personen auf das Abkommen berufen.

III. Beschränkung der Tätigkeit von Kreditinstituten

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-212/11, *Jyske Bank*)

In der Rs. C-212/11⁷⁷ ging es um eine spanische Regelung, wonach in Spanien tätige Kreditinstitute unabhängig vom Ort ihrer Niederlassung verpflichtet werden, der zuständigen spanischen Behörde Kontenbewegungen von über 30.000 Euro mitzuteilen, falls sie aus „Steuerparadiesen“ bzw. unkooperativen Gebieten stammen oder dorthin erfolgen. Der Gerichtshof äusserte sich u.a.⁷⁸ zur Tragweite des Art. 56 AEUV in diesem Zusammenhang: Eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs liege schon deshalb vor, weil die fragliche Verpflichtung für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Kreditinstitute mit Tätigkeiten in Spanien Schwierigkeiten und zusätzliche Kosten mit sich bringe. Auch kämen diese Verpflichtungen zu den bereits im Niederlassungsstaat vorgesehenen Kontrollen hinzu, so dass insgesamt davon auszugehen sei, dass ein Kreditinstitut abgeschreckt

⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009, I-10777, Rn. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 69), 77, 104 f.); EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Slg. 2010, I-1025, Rn. 30-32.

⁷⁵ Siehe hierzu BGE 131 I 123 Erw. 1.1.

⁷⁶ Siehe näher hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 69), 77, 98.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 25.4.2013, Rs. C-212/11, *Jyske Bank*.

⁷⁸ Daneben ging er noch auf die Tragweite gewisser sekundärrechtlicher Regelungen im Bereich der Bekämpfung der Geldwäsche ein.

werden könne, Tätigkeiten in Spanien aufzunehmen. Eine solche, über die einschlägigen sekundärrechtlichen Vorgaben (die allerdings nur eine Mindestharmonisierung vornehmen, da es den Mitgliedstaaten freisteht, strengere Massnahmen zu erlassen) hinausgehende Verpflichtung könne jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Sie diene nämlich der Bekämpfung der Geldwäsche, die als Teil des Ziels des Schutzes der öffentlichen Ordnung anzusehen sei. Sie sei auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen, da sie eine Überwachung der entsprechenden Transaktionen erlaube. Des Weiteren werde das Ziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgt, da alle in Spanien tätigen Kreditinstitute dieser Verpflichtung unterlägen. Auch die Erforderlichkeit der Massnahme sei gegeben, denn die einschlägigen unionsrechtlichen Verpflichtungen gewährleisteten keinen vergleichbaren Schutz, wie der Gerichtshof im Einzelnen darlegt.

Bemerkenswert an dem Urteil ist zunächst, dass der Gerichtshof den Beschränkungsbegriff eher weit fasst, reicht es doch offenbar aus, dass eine Regelung abschreckende Wirkung für den Dienstleistungserbringer entfaltet. Denkt man diesen Ansatz zu Ende, so stellen letztlich alle Anforderungen an die Erbringung von Dienstleistungen (aber auch Einschränkungen oder Erschwernisse der Entgegennahme von Dienstleistungen) eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da ganz grundsätzlich davon auszugehen ist, dass derartige Anforderungen eine abschreckende Wirkung entfalten können. Dieser Ansatz liegt durchaus auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und überträgt letztlich die im Bereich des freien Warenverkehrs entwickelte sog. *Dassonville*-Formel auf die Dienstleistungsfreiheit.⁷⁹ Bislang hat sich der Gerichtshof allerdings – im Gegensatz zur Situation im Rahmen des Art. 34 AEUV – noch nicht zu der Frage geäußert, ob dieser weite Tatbestand nicht unter gewissen Umständen einzuschränken ist, etwa analog zur sog. „Keck-Rechtsprechung“.⁸⁰ Weiter ist zu erwähnen, dass der Gerichtshof einerseits die „Eignung“ der nationalen Massnahme, andererseits ihre „Verhältnismässigkeit“ prüft, wobei es hier um die Frage des mildesten Mittels geht. Nicht erörtert wird die Angemessenheit (oder Verhältnismässigkeit i.e.S.), womit einmal mehr die Frage aufgeworfen wird, ob die vom Gerichtshof durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung tatsächlich drei oder nur zwei Elemente enthält.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das Urteil in erster Linie die Dienstleistungsfreiheit betrifft, ist zunächst daran zu erinnern, dass diese nur teilweise in das FZA übernommen wurde und sowohl das Bundesgericht⁸¹ als auch der EuGH⁸² davon ausgehen, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen gewähre, nicht aber sonstige Beschränkungen der

⁷⁹ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

⁸⁰ EuGH Rs. C-267 u. 268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097.

⁸¹ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

⁸² EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010 I-7233; siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 27), 75, 120 ff.

Dienstleistungsfreiheit verbiete. Folgt man dieser Auslegung, dürften die Ausführungen des Gerichtshofs zur Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nur von beschränkter Auswirkung auf die Anwendung des FZA in einer vergleichbaren Fallkonstellation sein. Soweit der Gerichtshof den Begriff einer Beschränkung der Grundfreiheit näher bestimmt, lassen sich die Erwägungen angesichts der Konvergenz der Grundfreiheiten⁸³ jedoch durchaus auf die anderen Grundfreiheiten, insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit, übertragen. Das Gleiche gilt auch für die Feststellung, dass die Bekämpfung der Geldwäsche als Teil des Ziels des Schutzes der öffentlichen Ordnung anzusehen sei. Dies hat u.a. zur Folge, dass sie nicht im Rahmen der (ungeschriebenen) zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls, sondern bei der Prüfung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe der Art. 45 Abs. 3, 52 und 62 AEUV zu berücksichtigen ist, so dass grundsätzlich auch (direkt) diskriminierende Massnahmen im Einzelfall gerechtfertigt sein können.

IV. Diplomanerkennung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-475/11, *Konstantinides*

Die RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁸⁴ regelt Fragen der gegenseitigen Anerkennung von Diplomen. Hingegen seien Standesregeln, die die Höhe von Honoraren betreffen oder / und bestimmte Formen der Werbung verbieten, nicht von ihrem sachlichen Anwendungsbereich erfasst, wie der Gerichtshof in der Rs. C-475/11⁸⁵ feststellt. Allerdings müssten solche Regelungen – da sie eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnten – den Vorgaben des Art. 56 AEUV genügen. Im Übrigen schreibe die RL 2005/36 (insbesondere deren Art. 6 lit. a) weder die Berufsregeln noch die Disziplinarverfahren vor, denen ein Dienstleister unterworfen werden kann. Sie bestimme lediglich, dass die Mitgliedstaaten entweder eine automatische vorübergehende Eintragung oder eine *Pro-forma*-Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation vorsehen können, um die Anwendung der Disziplinarbestimmungen zu erleichtern.

b) Rs. C-492/12, *Conseil national de l'ordre des médecins*

Auch in der Rs. C-492/12⁸⁶ stand die Reichweite der RL 2005/36 zur Debatte. Der Gerichtshof hielt hier fest, die Richtlinie stehe der Schaffung einer fachärztlichen Weiterbildung, die keiner der in der RL 2005/36 aufgeführten Spezialisierung entspricht, nicht entgegen, denn diesfalls gehe es nicht um eine Weiterbildung im

⁸³ Vgl. Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2013, § 10, Rn. 18-25.

⁸⁴ RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 12.9.2013, Rs. C-475/11, *Konstantinides*.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-492/12, *Conseil national de l'ordre des médecins*.

Sinne der RL 2005/36. Eine solche Weiterbildung könne aber auch nicht zur Ausstellung eines Nachweises über die Ausbildung zum Arzt oder Zahnarzt mit Grundausbildung führen. Im Übrigen laufe es der RL 2005/36 nicht zuwider, wenn zum medizinischen Bereich gehörende Fächer Teil einer fachärztlichen Weiterbildung im zahnärztlichen Bereich sind.

c) Rs. C-575/11, *Nasiopoulos*

In der Rs. C-575/11⁸⁷ stand der partielle Zugang zum (reglementierten) Beruf des Physiotherapeuten in Griechenland für eine aus einem anderen Mitgliedstaat kommende Person, die dort einen Befähigungsausweis des Masseurs und medizinischen Bademeisters erworben hat und aufgrund dessen bestimmte, zum Beruf des Physiotherapeuten gehörende Tätigkeiten auszuüben berechtigt ist, zur Debatte.⁸⁸ Der Gerichtshof erachtete die Verweigerung eines partiellen Zugangs zum Beruf des Physiotherapeuten als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Diese könne grundsätzlich aus Gründen des Gesundheits- und des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden. Soweit der Verbraucherschutz betroffen sei, sei die Massnahme jedoch nicht erforderlich. Zwar sei es denkbar, dass Empfänger von Dienstleistungen über den Umfang der mit dem Beruf des Physiotherapeuten verbundenen Qualifikationen in die Irre geführt werden könnten. Es seien jedoch mildere Massnahmen denkbar, wie etwa die Verpflichtung, die ursprüngliche Berufsbezeichnung zu benutzen.

Im Übrigen seien auch Gesundheitsberufe – trotz der Sensibilität des Sektors – grundsätzlich dem unionsrechtlichen System der Diplomanerkennung unterworfen. Sofern es sich somit um Berufe handelt, die im Herkunftsmitgliedstaat und im Aufnahmemitgliedstaat so ähnlich sind, dass sie als „vergleichbar“ im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 angesehen werden können, könnten die Lücken durch die in Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36 vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen geschlossen werden. Diesfalls sei keine Verletzung des Art. 49 AEUV anzunehmen. Dies gelte auch dann, wenn die Massnahme aus anderen Gründen nicht erforderlich erscheint.

Offenbar wendet der Gerichtshof hier das Sekundärrecht prioritär an bzw. geht davon aus, dass im Falle der Einschlägigkeit der RL 2005/36 nicht mehr auf Art. 49 AEUV zurückzugreifen ist. Dieser grundsätzlich nachvollziehbare und auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung liegende Ansatz erstaunt jedoch insofern, als auf diese Weise in einem konkreten Fall offenbar auch nicht verhältnismässige nationale Massnahmen, welche die Grundfreiheiten beschränken, mit dem Vertrag in Einklang stehen können. Ob hiermit wirklich dem Grundsatz, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze umfassend im Anwendungsbereich des Unionsrechts zum Zuge kommen (müssen), Rechnung getragen wird, mag immerhin hinterfragt werden.

Falls die Unterschiede zwischen beiden Tätigkeitsbereichen jedoch so gross sind, dass der Antragsteller in Wirklichkeit eine vollständige Ausbildung absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Rs. C-575/11, *Nasiopoulos*.

⁸⁸ Zur partiellen Anerkennung von Berufsqualifikationen bereits EuGH, Rs. C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, Slg. 2006, I-801. Vgl. hierzu Epiney/Mosters/Theuerkauf, SJER 2005/2006 (Fn. 29), 73, 97 f.

ausüben zu kommen, sei die RL 2005/36 nicht anwendbar. Diesfalls verlange Art. 49 AEUV dann einen partiellen Zugang, falls die Tätigkeit, die der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat ausüben möchte, objektiv von der Gesamtheit der Tätigkeiten getrennt werden kann, die der Beruf im Aufnahmemitgliedstaat umfasst. Der Umstand, dass eine solche separate Ausübung im Herkunftsmitgliedstaat möglich ist, stelle dafür ein Indiz dar. Daraus dürfte zu folgern sein, dass grundsätzlich ein solcher partieller Zugang zu gewähren ist.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen nimmt gemäss Art. 9 FZA und Anhang III FZA auf die verschiedenen Diplomanerkennungsrichtlinien der EU Bezug. Diese sind daher auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar. Nach Änderung des Anhangs III durch Beschluss des Gemischten Ausschusses⁸⁹ verweist der Anhang in seiner aktuellen Fassung nunmehr auf die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.⁹⁰ In der Schweiz gelten somit die gleichen Bestimmungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen wie in der EU, und die Aussagen des EuGH zur Auslegung der Richtlinie können grundsätzlich auch für die Auslegung des FZA relevant sein. Soweit sich die Ausführungen der hier besprochenen Urteile auf die Diplomanerkennungsrichtlinien beziehen, sind sie durchwegs auf das Abkommens übertragbar, da sie entweder die vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung bestätigen und lediglich auf einen neuen Sachverhalt anwenden oder eine letztlich überzeugende Auslegung der jeweiligen Richtlinien auf der Grundlage der vor der Unterzeichnung des Abkommens entwickelten Grundsätze darstellen.

Entsprechend der primärrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit wiederum kann sich der betroffene Selbständigerwerbende im Rahmen des Abkommens auf Art. 12 bis 15 Anhang I FZA berufen, deren Gewährleistungen denen des Art. 49 AEUV entsprechen. Da sich die Argumentation des EuGH auch hier auf die bekannten Auslegungsgrundsätze stützt, dürfte die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des FZA jeweils zu den gleichen Ergebnissen gelangen.⁹¹

⁸⁹ Beschluss Nr. 2/2011 vom 30. September 2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz über die Änderung von Anhang III (Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen), AS 2011 4859 ff.; BBl 2012 4437 ; ABi 2011 L 277, 20.

⁹⁰ Seit dem 1. November 2011 wurde die neue Regelung zunächst provisorisch angewendet. Am 1.9.2013 traten sowohl das Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD, SR 935.01) als auch die Verordnung vom 26. Juni 2013 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD, SR 935.011) in Kraft. Diese Vorschriften regeln u.a. ein beschleunigtes Verfahren zur Nachprüfung der Berufsqualifikationen für Personen, die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz kommen.

⁹¹ Grundlegend aus der Rechtsprechung vor Unterzeichnung des FZA *Gebhard*, EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165.

V. Audiovisuelle Dienste

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-201/11 P, *UEFA*

In der Rs. C-201/11 P⁹² ging es um verschiedene Rechtsfragen rund um die (vor dem Hintergrund der entsprechenden sekundärrechtlichen Vorgaben erfolgte) Entscheidung des Vereinigten Königreichs, u.a. alle Endrundenspiele der Fussballeuropameisterschaft auf die Liste der Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung zu setzen, die frei am Fernsehen ausgestrahlt werden dürfen und damit keiner Exklusivübertragung unterliegen. Im Ergebnis erachtete der Gerichtshof diese Garantie der „freien Ausstrahlung“ der betreffenden Fussballspiele für mit dem Unionsrecht vereinbar. Zwar stelle eine solche Liste mit den sich aus ihr ergebenden Rechtsfolgen des Ausschlusses einer Exklusivübertragung einen Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Wettbewerb und das Eigentumsrecht dar. Diese könnten jedoch durch das Ziel gerechtfertigt werden, das Recht auf Informationen zu schützen und der Öffentlichkeit breiten Zugang zur Fernsehberichterstattung über solche Ereignisse zu verschaffen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Festlegung der Ereignisse von erheblicher Bedeutung einen ausgesprochen weiten Beurteilungsspielraum einräumt, dies auch vor dem Hintergrund der beträchtlichen sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen diesen. Diese Ausführungen erfolgten zwar auf der Grundlage des einschlägigen Sekundärrechts, doch spricht Vieles dafür, dass den Mitgliedstaaten solche Beurteilungsspielräume auch auf der Grundlage einer „isolierten“ Heranziehung der primärrechtlichen Grundfreiheiten einzuräumen sind.

b) Rs. C-221/12, *Belgacom*

Überträgt eine öffentlich-rechtliche Körperschaft einem Wirtschaftsteilnehmer in einer nicht transparenten Vergabe das ausschliessliche Recht zur Nutzung von Kabelfernsehtetzen und ihrer Fernsehdienste sowie die damit verbundenen Abonnementsverträge, so ist diese Übertragung an den Vorgaben der Art. 49, 56 AEUV zu messen. Dies stellte der Gerichtshof in der Rs. C-221/12⁹³ fest. Dieser Ansatz erscheint schon deshalb zwingend, weil ein derartiges Vorgehen von vornherein Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ausschliesst. Eine Rechtfertigung komme zwar grundsätzlich in Betracht, sei jedoch im konkreten Fall nicht möglich. Die Rechtssicherheit könne nicht angeführt werden, da dieser Grundsatz nicht geltend gemacht werden könne, um eine Vereinbarung mit dem Konzessionär in einer mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung unvereinbaren Weise zu erweitern, auch wenn es hier um eine

⁹² EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-201/11 P, *UEFA*.

⁹³ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-221/12, *Belgacom*.

effiziente Beilegung eines Rechtsstreits gehe. Der ebenfalls geltend gemachte Wert der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Körperschaft öffentlichen Rechts sei als wirtschaftlicher Grund anzusehen. Das schliesslich angeführte Interesse der Verbraucher am Empfang der fraglichen Dienstleistung decke sich letztlich mit diesem Anliegen.⁹⁴

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sofern die vorgenannten Urteile des Gerichtshofs die Dienstleistungsfreiheit betreffen, lassen sie sich als solche nicht auf das FZA übertragen, wenn man mit dem Bundesgericht und dem EuGH davon ausgeht, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen enthalte, nicht hingegen ein Verbot sonstiger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.⁹⁵ Da das Abkommen zudem die Niederlassungsfreiheit nur für natürliche Personen vorsieht⁹⁶, dürfte das FZA für vergleichbare Sachverhalte keine grossen praktischen Auswirkungen entfalten. Sofern sich in anderen Konstellationen ähnliche Fragen hinsichtlich der Anwendung anderer Vorschriften stellen, etwa in Bezug auf die bei der Rechtfertigung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, können die Ausführungen des Gerichtshofs allerdings tatsächlich als Anhaltspunkt für die Auslegung herangezogen werden. Insbesondere dürfte auch im Rahmen des FZA gelten, dass der Wert der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Körperschaft öffentlichen Rechts als wirtschaftlicher Grund anzusehen ist, der eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermag.

VI. Arbeitnehmerentsendung (Voranmeldepflicht)

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-577/10, *Kommission/Belgien*)

Eine generalisierte Vorab-Meldepflicht für selbständige Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen steht nicht mit Art. 56 AEUV in Einklang, wie der Gerichtshof in der Rs. C-577/10⁹⁷ feststellte. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit sei schon deshalb anzunehmen, weil die mit der Vorschrift einhergehenden Formalitäten geeignet seien, die Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer zu behindern. Zwar komme eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des

⁹⁴ S. auch noch EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-234/12, *Sky Italia*, wo der Gerichtshof festhält, es verstosse grundsätzlich nicht gegen Art. 56 AEUV, wenn die maximalen Werbefenster für Bezahlfernsehen kürzer sind als für frei empfangbares Fernsehen, wobei im Hinblick auf den hier relevanten Verbraucherschutz die Verhältnismässigkeit zu wahren sei. Jedenfalls bestehe zwischen beiden Arten von Fernsehen insofern ein Unterschied, als bei ersterem bereits für den Empfang bezahlt werden muss.

⁹⁵ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330; EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010 I-7233. Siehe hierzu oben D.I.2.

⁹⁶ Art. 12 Anhang I FZA.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-577/10, *Kommission/Belgien*.

Allgemeininteresses in Betracht, da die Vorschrift dazu dienen solle, Betrug zu bekämpfen und Missbräuche zu verhindern. Hier gehe es insbesondere um die Aufdeckung von Scheinselbständigkeit und die Bekämpfung von Schwarzarbeit, so dass die Regelung letztlich das Ziel der Bewahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems sozialer Sicherheit verfolge. Aber auch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs und von Sozialdumping sowie der Schutz der Erwerbstätigen könnten hier geltend gemacht werden. Daran ändere auch die mit dieser Pflicht einhergehende Differenzierung zwischen in Belgien einerseits und im EU-Ausland andererseits niedergelassenen selbständigen Dienstleistungserbringern nichts, da zwischen diesen beiden Gruppen insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit der Überprüfung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften objektive Unterschiede bestünden. Allerdings könne ein genereller Betrugsverdacht eine derartige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen, denn die Anwendung der streitigen Massnahme sei nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen Anlass zur Prüfung bestehe, ob die steuerlichen und sozialen Verpflichtungen beachtet werden. Im Übrigen sei nicht dargetan worden, dass die Übermittlung – wie in der Vorschrift vorgesehen – sehr detaillierter Informationen notwendig sei.

Das Urteil impliziert letztlich, dass „verdachtsunabhängige“ allzu generalisierte Meldepflichten für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringungen nicht mit den vertraglichen Vorgaben in Einklang stehen. Bemerkenswert ist dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof in einem ebenfalls eine belgische Regelung betreffenden Urteil aus dem Jahr 2010⁹⁸ betont hatte, eine reine Meldepflicht für Dienstleistungserbringer sei im Verhältnis zu einem Genehmigungserfordernis die mildere Massnahme, was den Schluss hätte nahelegen können, dass Meldepflichten im Hinblick auf die Ermöglichung der Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben grundsätzlich den vertraglichen Anforderungen genügen. Dies lässt sich nach dem neuen Urteil jedoch nicht mehr aufrechterhalten. Vielmehr legt dieses den Schluss nahe, dass universell anwendbare Meldepflichten grundsätzlich nicht mit der Dienstleistungsfreiheit in Einklang stehen. Denn die Anwendung der in Rede stehenden Meldepflicht müsse auf die Fälle beschränkt sein, in denen Anlass zur Prüfung besteht, ob die steuerlichen und sozialen Verpflichtungen beachtet werden. Notwendig ist somit das Vorhandensein von Anhaltspunkten, bei denen Grund zur Annahme besteht, dass gesetzliche Verpflichtungen nicht beachtet werden. Immerhin kann ein solcher Grund wohl auch branchen- oder tätigkeitsspezifisch definiert werden, da das Urteil gewisse Typisierungen nicht ausschliessen dürfte.⁹⁹

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das FZA gewährt nach Ansicht von EuGH und Bundesgericht nicht die aktive Dienstleistungsfreiheit als solche¹⁰⁰, und auch die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123,

⁹⁸ EuGH, Rs. C-515/08, *Palhota*, Slg. 2010, I-9133. Vgl. hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 27), 75, 110 f.

⁹⁹ S. zum Entsenderecht darüber hinaus noch EuGH, Urt. v. 7.11.2013, R. C-522/12, *Tevfik Isbir* (für den Mindestlohn nach Art. 3 I Uabs. 1 lit. c RL 96/71, Entsenderichtlinie, bestimmende Bestandteile);

¹⁰⁰ Siehe oben D.I.2.

die in ihrem Art. 16 das Recht auf freie Dienstleistungserbringung vorsieht, wurde nicht in das Abkommen übernommen. Das FZA gewährt jedoch ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern, wenn die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde.¹⁰¹ Dieses Recht darf gemäss Art. 17 a) Anhang I FZA nicht beschränkt werden und gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften.¹⁰² Dabei darf sich der Arbeitgeber bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auch eigener Beschäftigter mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines Drittstaates bedienen. Massnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt dieser entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind verboten.¹⁰³ Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern verbietet Art. 19 Anhang I FZA, wonach diese ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben dürfen wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Subsidiär ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zu beachten, welches direkt anwendbar ist. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA ist im Übrigen auch die sog. Entsenderichtlinie 96/71¹⁰⁴ im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar.

Aus alledem folgt, dass das Abkommen die Arbeitnehmerentsendung letztlich parallel zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen schützt.¹⁰⁵ Da das Urteil im Wesentlichen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, wie er bereits vor der Unterzeichnung des FZA von der Rechtsprechung entwickelt und konkretisiert worden war, auf die Regelung der Meldepflichten anwendet, dürfte die Auslegung der Vorschriften des FZA zum gleichen Ergebnis gelangen. Die im Urteil herausgearbeiteten Anforderungen dürften somit auch bei der Anwendung und einer allfälligen Weiterentwicklung von Art. 6 EntsG¹⁰⁶ und Art. 6 EntsV¹⁰⁷ zu beachten sein, die eine Meldepflicht und ein entsprechendes Meldeverfahren in der Schweiz für Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland vorsehen, bestehen doch ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit zumindest gewisser Aspekte dieser Regelungen mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens.¹⁰⁸

¹⁰¹ Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA.

¹⁰² Art. 18 Anhang I FZA.

¹⁰³ Art. 17 lit. b) Anhang I FZA.

¹⁰⁴ RL 96/71 / über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008 (Fn. 29), 55, 78 f., 82 f.; *Epiney/Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, in: *Epiney/Gammenthaler* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, 53, 75; *Epiney*, Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Fn. 68), 81, 95 ff.

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz, SR 823.20).

¹⁰⁷ Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Entsendeverordnung, SR 823.201).

¹⁰⁸ S. die Nachweis in Fn. 105 sowie *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite

VII. Steuerliche Fragen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-302/12, X)

In der Rs. C-302/12¹⁰⁹ stand letztlich der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV zur Debatte. Falls ein Mitgliedstaat bei der erstmaligen Ingebrauchnahme eines Kraftfahrzeuges eine Steuer erhebt, da das Fahrzeug im Territorium dieses Mitgliedstaats dauerhaft benutzt wird, stehe dies auch dann mit Art. 49 AEUV in Einklang, wenn das Fahrzeug bereits in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen und besteuert ist, sofern die Steuer nicht diskriminierend ist. Denn der betreffende Mitgliedstaat übe durch eine derartige Regelung lediglich seine steuerlichen Befugnisse aus, was ihm unbenommen sei, solange es keine entsprechenden sekundärrechtlichen Regelungen gebe.

Diese Aussagen des Gerichtshofs – die sich auf andere Grundfreiheiten übertragen lassen – machen einmal mehr deutlich, dass eine Diskriminierung von vornherein nur dann vorliegen kann, wenn derselbe Hoheitsträger handelt. In der vorliegenden Fallgestaltung resultierte die unterschiedliche Behandlung jedoch aus dem Zusammenspiel der Regelungen von zwei Mitgliedstaaten (die beide die Benutzung von Kraftfahrzeugen auf ihrem Hoheitsgebiet einer Steuer unterwerfen), während jeder der beiden Mitgliedstaaten auf seinem jeweiligen Hoheitsgebiet die Betroffenen den gleichen Regelungen unterwarf. Darüber hinaus geht der Gerichtshof davon aus, dass eine solche Besteuerung auch keine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle, wobei dies wohl massgeblich dadurch zu begründen ist, dass es hier um die Ausübung der steuerlichen Befugnisse der Mitgliedstaaten geht, so dass die (tatbestandlich wohl gegebene) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Ausführungen des Gerichtshofs zum Begriff der Diskriminierung, insbesondere wonach eine solche nur dann vorliegen kann, wenn derselbe Hoheitsträger handelt, entsprechen der ständigen Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA, welche gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist.¹¹⁰ Sie gelten daher auch für die im Abkommen vorgesehenen Diskriminierungsverbote, z.B. Art. 2 FZA, Art. 9, 15 und 19 Anhang I FZA etc. Das Freizügigkeitsabkommen gewährt in Art. 12 ff. Anhang I FZA die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen und verbietet Diskriminierungen im Bereich der Steuern gemäss Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA (Anspruch auf gleiche steuerliche und soziale Vergünstigungen). Somit fiele die gleiche Sachverhaltskonstellation auch in den

und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg 2009.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 21.11.2013, Rs. C-302/12, X.

¹¹⁰ Vgl. Rudolf Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 18 AEUV, Rn. 49 mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

Anwendungsbereich des Abkommens und wäre im Ergebnis gleich zu entscheiden wie im Unionsrecht.

VIII. Dienstleistungsfreiheit im Bildungssektor

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*)

Macht ein Mitgliedstaat die Gewährung eines Stipendiums für ein Studium an einer Hochschule davon abhängig, dass diese oder ihre Abschlüsse entweder staatlich anerkannt sind oder sie über eine Erfahrung von mindestens 10 Jahren verfügen müssen, so stellt dies – so der EuGH in der Rs. C-523/12¹¹¹ – eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Denn dadurch werde die Einschreibung an Hochschulen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen und Leistungen an Personen aus einem anderen Mitgliedstaat erbringen möchten, weniger attraktiv. Die Regelung könne jedoch durch das Anliegen, die Qualität der Ausbildung (für die auch eine langjährige Erfahrung relevant sein könne) gerechtfertigt werden.¹¹²

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da die Dienstleistungsfreiheit im Abkommen nur teilweise gewährt wird, kommt eine Übertragung des Urteils auf das FZA nur in Betracht, soweit das Abkommen überhaupt Beschränkungen der mit der Dienstleistungsfreiheit verbundenen Rechte verbietet. Geht man mit dem Bundesgericht¹¹³ und dem EuGH¹¹⁴ davon aus, dass das FZA lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, lässt sich das Urteil des EuGH hinsichtlich der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nicht auf das Abkommen übertragen.¹¹⁵

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*.

¹¹² S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-327/12, *Soa Nazionale Costruttori* (Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, wenn Zertifizierungsdiensten ein Mindestpreis vorgeschrieben wird, wobei eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Erhaltung der Qualität solcher Dienste in Betracht komme, jedoch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden müsse).

¹¹³ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010 I-7233. Siehe hierzu und zur Dienstleistungsfreiheit im FZA allgemein ausführlich Epiney/Mosters, SJER 2010/2011 (Fn. 27), 75 (120 ff.).

¹¹⁵ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330; EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Slg. 2010 I-7233. Siehe hierzu oben D.I.2.

E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU

Im Berichtszeitraum hatte sich der EuGH wiederum mit gewissen Aspekten der Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens zu befassen,¹¹⁶ wobei in erster Linie¹¹⁷ die Rs. C-425/11¹¹⁸ von Bedeutung ist. Hier stand eine steuerrechtliche Regelung Deutschlands zur Debatte, die im Ergebnis dazu führte, dass in der Schweiz lebenden deutschen Eheleuten die sog. Zusammenveranlagung unter Berücksichtigung des *Splitting*-Verfahrens vorenthalten wurde, dies obwohl sie mit ihren gesamten steuerpflichtigen Einkünften der Besteuerung in Deutschland unterliegen und für in Deutschland wohnhafte Eheleute eine entsprechende Veranlagung (die für die Betroffenen steuerlich günstiger ausfallen kann) möglich ist.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, das FZA sei auf eine derartige Konstellation anwendbar, dies ungeachtet der Tatsache, dass sich hier deutsche Staatsbürger gegen „ihren“ Mitgliedstaat auf das Personenfreizügigkeitsabkommen berufen. Denn das Abkommen könne durchaus auch Rechte gegenüber dem „eigenen“ Staat einräumen, was der Gerichtshof vorliegend in enger Anlehnung an den Wortlaut des Abkommens bejahte: Denn dieses sei auf Staatsangehörige einer Vertragspartei (Deutschlands), die in einer anderen Vertragspartei (der Schweiz) wohnhaft sind und im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei (Deutschland) eine Erwerbstätigkeit ausüben, anwendbar (vgl. Art. 13 Abs. 1 Anhang I FZA für selbständig Erwerbstätige). Damit werde darauf abgestellt, dass die Betroffenen in einer Vertragspartei wohnhaft und in einer anderen Vertragspartei erwerbstätig sind, ohne dass es darauf ankomme, welche Staatsangehörigkeit sie haben (solange es eine Staatsangehörigkeit einer der Vertragsparteien ist). Damit sei der in Art. 15 Abs. 1

¹¹⁶ S. darüber hinaus auch EuGH, Urt. v. 7.3.2013, Rs. C-547/10 P, *Schweiz/Kommission*: Der Gerichtshof hält in diesem Rechtsmittelurteil im Zusammenhang mit dem „Flughafenstreit“ fest, das sog. Luftverkehrsabkommen gewährleiste nicht die Dienstleistungsfreiheit als solche, da diese im Abkommen nicht ausdrücklich vorgesehen sei, so dass das in das Abkommen „integrierte“ Sekundärrecht auch nicht im Lichte der Dienstleistungsfreiheit auszulegen sei. Im Ergebnis wurde damit das Rechtsmittel der Schweiz zurückgewiesen. Der Ansatz des Gerichtshofs ist insbesondere deshalb überraschend, weil das Luftverkehrsabkommen an sich eine weitgehende Integration in das Luftverkehrsrecht der EU vorsieht und sich seine Inhalte auch sehr eng an das EU-Recht anlehnen. Ob vor diesem Hintergrund wirklich die fehlende ausdrückliche Erwähnung der Gewährleistung des Dienstleistungsverkehrs entscheidend sein kann, kann zumindest hinterfragt werden. Immerhin bedeutet das Urteil auf der anderen Seite auch nicht, dass eine „parallele Auslegung“ des Abkommensrechts im Verhältnis um EU-Recht für die Bilateralen Abkommen grundsätzlich ausgeschlossen wäre: Sofern entsprechende Garantien „ausdrücklich“ auch in den Abkommen erscheinen (wie dies im Bereich der Personenfreizügigkeit der Fall ist), bleibt eine solche parallele Auslegung wohl auch nach Ansicht des Gerichtshofs möglich bzw. drängt sich auf.

¹¹⁷ S. ansonsten noch EuGH, Urt. v. 19.9.2013, verb. Rs. C-216, 217/12, *Hliddal und Bornand*: Der Gerichtshof hält hier fest, das Freizügigkeitsabkommen habe aufgrund der ausdrücklichen Bezugnahme auf die VO 1408/71 dazu geführt, dass der persönliche Geltungsbereich dieser Verordnung auf die Schweizer Staatsangehörigen ausgedehnt worden sei. Sodann qualifiziert er die luxemburgische Ausgleichszahlung für Elternurlaub als eine Familienleistung im Sinne dieser Verordnung.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-425/11, *Ettwein*.

Anhang I verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung anwendbar, und darüber hinaus gelte auch sinngemäss auch Art. 9 Anhang I FZA, der spezifisch den Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf steuerliche Vergünstigungen verankert und auf den Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA verweise. Eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liege vor, und diese könne auch nicht gerechtfertigt werden, da die (steuerliche) Situation der in der Schweiz wohnhaften Eheleuten mit der Situation der in Deutschland wohnhaften Eheleute vergleichbar sei, erzielten doch beide Gruppen von Personen ihr gesamtes Einkommen in Deutschland. Obwohl der Gerichtshof sich hier auf Art. 21 Abs. 2 FZA bezieht (das einen entsprechenden Grundsatz verankert), greift er zur Begründung dieses Ergebnisses auf seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit steuerlicher Regelungen mit den Grundfreiheiten zurück und zitiert diese ausführlich, bevor er schliesst, „im Licht“ dieser Rechtsprechung sei eine Rechtfertigung der in Frage stehenden steuerlichen Regelung ausgeschlossen. Damit geht der Gerichtshof – ohne diesen Ansatz jedoch dogmatisch zu begründen – offenbar von einer insoweit parallelen Auslegung der einschlägigen Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zu entsprechenden Grundsätzen des Unionsrechts aus, was angesichts der parallelen Zielsetzungen der hier relevanten Vorschriften und Grundsätze auch überzeugt, wenn man sich zur Frage dieser Parallelität der Auslegung auch noch weitergehende Ausführungen gewünscht hätte.

F. Schlussbemerkung

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2013 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA vermag (einmal mehr) die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und es auf Begriffe bzw. Konzepte des Unionsrechts zurückgreift. Die Rechtsprechung wendet denn auch in aller Regel bereits bekannte Grundsätze und Konzepte auf neue Fallgestaltungen an, so dass die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH jeweils auch die Relevanz des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren vermag.